

DERECHO PROCESAL CIVIL

Volumen I

10
COLECCIÓN
PRO LIBERTATE

DERECHO PROCESAL CIVIL

Volumen I

JOSE MARÍA RIFÁ SOLER

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

IÑAKI RIAÑO BRUN

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

Pamplona
2010



1.ª edición: 2005

2.ª edición: 2010

Título: Derecho Procesal Civil (Volumen I)

© GOBIERNO DE NAVARRA. 2010
Departamento de Presidencia, Justicia e Interior
Instituto Navarro de Administración Pública
Jose María Rifá Soler
Manuel Richard González
Iñaki Riaño Brun

Dirección técnica de la colección: José Francisco Alenza García
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

Diseño de la colección: Sección de Publicaciones

Fotocomposición: pretexto@pretexto.es

Impresión: Gráficas Lizarra

ISBN: 978-84-235-3189-9

Depósito legal: NA 1.187/2010

Promoción y distribución: Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra
C/ Navas de Tolosa, 21
31002 PAMPLONA
Teléfono: 848 427 121
Fax: 848 427 123
fondo.publicaciones@navarra.es
www.cfnavarra.es/publicaciones

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
PRÓLOGO	19

CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

1. El proceso como sistema de resolución de controversias	21
2. Proceso, juicio y procedimiento	25
3. El derecho procesal y la función jurisdiccional	29
4. Alcance y notas caracterizadoras de la función jurisdiccional	31
5. El ejercicio de la función jurisdiccional	34
5.1. Actividad de enjuiciamiento	35
5.2. Actividad de declaración	36
5.3. Actividad de ejecución	38
5.4. Actividad de aseguramiento	38

CAPÍTULO 2 PODER JUDICIAL Y ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

1. Jurisdicción, poder judicial y potestad jurisdiccional	39
2. El Consejo General del Poder Judicial	41
3. Los órganos jurisdiccionales	42
3.1. El principio de unidad jurisdiccional	42
3.2. Clasificación	43

DERECHO PROCESAL CIVIL

4. Personal adscrito a los órganos jurisdiccionales	49
4.1. Jueces y Magistrados. Estatuto jurídico	50
4.2. La Ofical judicial. Secretarios judiciales y otros funcionarios de la Administración de justicia. Otras personas colaboradoras con los órganos jurisdiccionales	52
4.2.1. La Oficina Judicial. Secretarios judiciales y otros funcionarios	52
4.2.2. El Fiscal. Abogados y Procuradores. La policía judicial	56
5. Competencia de los órganos jurisdiccionales ubicados en Navarra	60
6. El Tribunal Constitucional	64
7. La jurisdicción y otras funciones del Estado. Conflictos y cuestiones de jurisdicción y de competencia	65
7.1. Conflictos de Jurisdicción	67
7.2. Conflictos de Competencia	70
7.3. Cuestiones de Competencia	72

CAPÍTULO 3 PRINCIPIOS Y FORMAS DEL PROCESO

1. Introducción	73
2. Principios jurídico-naturales del proceso: principio de audiencia y principio de igualdad	74
2.1. El principio de audiencia	76
2.2. El principio de igualdad	77
3. Principios jurídico-técnicos: principio dispositivo y de aportación de parte. Principio de oficialidad e investigación	78
3.1. El principio dispositivo	80
3.2. Principio de aportación de parte	82
3.3. El principio de oficialidad y de investigación de oficio ...	83
4. La formas del proceso: forma contradictoria y forma inquisitiva	85
5. Otros principios técnicos	89
5.1. Principio de oralidad, concentración e inmediación	89
5.1.1. Concentración	91
5.1.2. Inmediación	91

ÍNDICE

5.2. Principio de escritura: forma escrita: orden de los actos, preclusión y eventualidad	92
5.2.1. Preclusión	93
5.2.2. Eventualidad	94
5.3. Impulso procesal y caducidad de la instancia	95
5.4. Principio de publicidad y secreto	97
5.5. El principio de buena fe procesal	98

CAPÍTULO 4

DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

1. Principios y Derechos Constitucionales. El derecho a la tutela judicial efectiva	101
1.1. Derecho de acceso a la jurisdicción	103
1.2. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley	105
1.3. Derecho de audiencia y de contradicción	106
1.4. Derecho a la igualdad de “armas” en el proceso	107
1.5. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	108
1.6. Derecho a la motivación de las sentencias	110
1.7. Derecho a la presunción de inocencia	110
1.8. El principio acusatorio	111
2. La protección del derecho de tutela judicial efectiva. La exigencia de que concurra efectiva indefensión	113
3. Derecho de acceso a los tribunales. Derecho de instancia y derecho de acción civil	116
3.1. El derecho de acceso a los tribunales	117
3.2. Derecho a la instancia y a obtener una sentencia de fondo. El principio “pro actione”	117
4. El derecho de acción civil	120
5. El derecho de acción penal	123

CAPÍTULO 5

EL DERECHO PROCESAL COMO ORDENAMIENTO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y SUS FUENTES. LA LEGISLACIÓN JURISDICCIONAL ESPAÑOLA

1. Derecho procesal y Derecho material	125
--	-----

DERECHO PROCESAL CIVIL

2. Carácter de las normas procesales	126
3. Las fuentes del Derecho procesal: El Derecho procesal y la costumbre; especial consideración a los principios generales del Derecho y la jurisprudencia	127
3.1. La costumbre	127
3.2. Los principios generales del Derecho	128
3.3. La jurisprudencia	129
4. La Ley procesal y su aplicación en el tiempo y en el espacio	130
5. La Constitución	131
6. La Ley	133
6.1. La Ley Orgánica del Poder Judicial	133
6.2. Los estatutos de autonomía	134
6.3. La Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal: antecedentes y estructura	135
6.3.1. La Ley de Enjuiciamiento Civil	135
6.3.2. La Ley de Enjuiciamiento Criminal	136

CAPÍTULO 6

HECHOS Y ACTOS PROCESALES

1. Introducción	137
2. Clases de actos procesales	138
2.1. De parte	139
2.2. Del Tribunal. Las resoluciones judiciales	140
2.3. Funciones y actos procesales del Secretario judicial	146
3. Requisitos de los actos: lugar tiempo y forma	151
3.1. Requisitos de lugar. La presentación de documentos mediante sistemas electrónicos	152
3.2. Requisitos de tiempo	155
3.2.1. Días y horas hábiles	155
3.2.2. Cómputo de plazos y términos. Presentación de escritos	156
3.3. Requisitos de forma	159
3.3.1. Oralidad y Escritura. Documentación de las actuaciones procesales	159
3.3.2. Idioma	162
3.3.3. Publicidad y secreto de los actos procesales	163

ÍNDICE

4. Invariabilidad de las resoluciones procesales: su corrección, subsanación, complemento y aclaración	164
4.1. La aclaración de resoluciones procesales	168
4.2. La subsanación y complemento de resoluciones judiciales	170
5. Ineficacia de los actos procesales	173
5.1. Motivos y efectos de la nulidad procesal	174
5.2. Tratamiento procesal de la nulidad de los actos procesales	177
5.3. El incidente de nulidad frente a resoluciones que hubieren adquirido firmeza	180
5.3.1. Características y motivos del incidente excepcional de nulidad de actuaciones	181
5.3.2. Procedimiento	186
6. Subsanación, conservación y reconstrucción de los actos procesales	193

CAPÍTULO 7 ACTOS DE COMUNICACIÓN

1. Actos de comunicación entre órganos jurisdiccionales. Auxilio judicial	197
2. Actos de comunicación con otros órganos públicos	200
2.1. Mandamientos	200
2.2. Oficios y Exposiciones	200
3. Cooperación y auxilio judicial internacional	200
4. Actos de comunicación con las partes y otros intervinientes	203
4.1. La Notificación	204
4.2. Citaciones	205
4.3. Emplazamientos	205
4.4. Requerimientos	206
5. Forma, tiempo y práctica de los actos de comunicación	206
5.1. La comunicación con las partes mediante procurador ...	207
5.2. La comunicación mediante entrega	209
5.3. La comunicación con abogados, testigos, peritos u otros intervinientes	216

5.4. La comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares	218
--	-----

CAPÍTULO 8

LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO. COMPETENCIA INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN EN RAZÓN DEL OBJETO. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

1. La competencia internacional civil de los tribunales españoles	223
1.1. Tratados internacionales	225
1.1.1. Tratados internacionales con carácter general	226
1.1.2. Los Reglamentos comunitarios. El Reglamento de la CE 44/2001	227
1.1.3. Tratamiento procesal de la competencia internacional en el R. 44/2001	233
1.1.4. El Convenio de Lugano	235
1.2. Las normas internas sobre extensión y límites de la jurisdicción española (art. 22 LOPJ)	235
1.2.1. Reglas que atribuyen ciertas materias a la competencia exclusiva de los tribunales españoles	236
1.2.2. Reglas que atribuyen la competencia para las materias que no sean de competencia exclusiva de los tribunales españoles	237
2. La Jurisdicción por razón del objeto	238
3. Cuestiones prejudiciales	242
3.1. Concepto	242
3.2. La prejudicialidad penal en el proceso civil	244
3.3. La prejudicialidad no penal en el proceso civil	250
3.4. La prejudicialidad civil	254
3.5. Prejudicialidad constitucional: La cuestión de inconstitucionalidad	259
3.5.1. Iniciativa para el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad	261
3.5.2. Planteamiento y sustanciación de la cuestión de inconstitucionalidad	262

ÍNDICE

3.6. Prejudicialidad comunitaria	264
3.6.1. Concepto y procedencia	264
3.6.2. Procedimiento	266

CAPÍTULO 9

LA COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

1. La Competencia objetiva (arts. 45 a 49 LEC)	270
1.1. La competencia objetiva por razón de la materia. Especialización de Tribunales	271
1.2. La competencia objetiva en razón de la cuantía. La determinación del tipo de juicio según la cuantía	273
2. La Competencia funcional (arts. 61 y 62 LEC)	279
3. Competencia Territorial (arts. 50 a 60 LEC)	282
3.1. Naturaleza y fueros de competencia territorial	282
3.2. Fueros de carácter imperativo	284
3.3. Los fueros de carácter dispositivo: los fueros especiales y el fuero general	286
3.4. Los fueros de carácter dispositivo: la sumisión expresa ...	288
3.5. La sumisión tácita	289
3.5.1. Sumisión tácita del actor	290
3.5.2. Sumisión tácita del demandado	290
4. Tratamiento procesal de la jurisdicción y competencia	291
4.1. Consideraciones generales	291
4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte de la jurisdicción y competencia: la declinatoria	292
4.3. Tratamiento procesal de oficio de la falta de jurisdicción y competencia	295

CAPÍTULO 10

REPARTO DE ASUNTOS. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

1. Pluralidad de órganos jurisdiccionales iguales en un mismo territorio: reparto de negocios (arts. 68-70 LEC)	299
2. Abstención y recusación de Jueces y Magistrados	301
2.1. De la Abstención del Juez o Magistrado	311

DERECHO PROCESAL CIVIL

2.2. De la recusación a instancia de parte	311
2.3. Especialidades de la recusación en el juicio verbal	314
3. Abstención y recusación de secretarios judiciales, fiscales y otros funcionarios	317

CAPÍTULO 11

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

1. Introducción. La personalidad como presupuesto del proceso	321
2. Comparecencia y cargas de las partes. La rebeldía	323
3. Concepto y capacidad para ser parte	326
3.1. Concepto de parte procesal	326
3.2. La capacidad para ser parte	327
3.2.1. De las personas físicas	327
3.2.2. De las personas jurídicas	329
3.2.3. El Ministerio Fiscal	329
3.2.4. De entidades sin personalidad jurídica y patrimonios autónomos	332
3.2.5. De los grupos de consumidores o usuarios	335
4. Capacidad procesal	337
5. La representación. Clases	338
5.1. La representación procesal necesaria	339
5.2. La representación legal	340
5.2. La representación procesal voluntaria	341
6. Tratamiento procesal de la capacidad para ser parte y comparecer en el proceso	342
6.1. Impugnación a instancia de parte	343
6.2. De oficio por el tribunal	346
7. Tratamiento procesal de la representación	347
7.1. La excepción de falta de representación del actor	348
7.2. Falta de representación del demandado	349
8. La legitimación. Tratamiento procesal	351
8.1. Consideraciones generales. La legitimación propia. La legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios	351
8.2. La legitimación por sustitución	355

ÍNDICE

CAPÍTULO 12

LA POSTULACIÓN Y LA DEFENSA TÉCNICA

1. La representación procesal técnica	357
1.1. Tratamiento procesal de la representación técnica	361
1.2. El procedimiento de cuenta del procurador	362
2. La defensa técnica	364
3. Asistencia Jurídica gratuita. La aplicación del Reglamento de Asistencia jurídica gratuita aplicable en Navarra (Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril)	366

CAPÍTULO 13

PLURALIDAD DE PARTES: EL LITISCONSORCIO

1. El litisconsorcio: clases	373
1.1. El Litisconsorcio voluntario	374
1.2. El Litisconsorcio necesario	376
2. Tratamiento procesal	379

CAPÍTULO 14

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO. SUCESIÓN Y CAMBIO DE PARTES

1. Intervención de terceros en el proceso. Clases	383
1.1. Concepto de tercero	383
1.2. Clases	387
1.2.1. Intervención voluntaria	388
1.2.2. Intervención provocada	389
1.2.3. Especialidades de publicidad e intervención en los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios (art. 15 LEC)	392
2. Sucesión y cambio de partes	392
2.1. Sucesión “mortis causa”	393
2.2. Sucesión por transmisión “inter vivos” del objeto litigioso	394
2.3. Sucesión en los casos de intervención provocada (art. 18 LEC)	395

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRÓLOGO

Los autores queremos, ante todo, agradecer a todos nuestros lectores la acogida que han dispensado a la primera edición de la presente obra; y que ha supuesto para nosotros un aliciente para actualizarla y perfeccionarla con nuevos contenidos. Nuestro sincero deseo es que pueda seguir prestando un servicio de transferencia de conocimientos jurídico-procesales, de consulta y de apoyo para todas las profesiones jurídicas.

La obra consta de tres volúmenes de los cuales el presente es el primero que contiene los principios generales, conceptos e instituciones esenciales de la disciplina, así como la parte general del proceso civil. El volumen segundo se dedica, íntegramente, a la disciplina del proceso civil incluyendo el estudio de los procedimientos judiciales ordinarios y especiales y el proceso de ejecución. El volumen tercero tiene por objeto el estudio del proceso penal y, a ese fin, se contiene una explicación de las instituciones generales del proceso penal, los procedimientos judiciales y la ejecución penal.

La voluntad de los autores ha sido afrontar un amplio estudio de la materia procesal, de modo que el lector pueda encontrar un análisis de cada una de las cuestiones que son objeto de nuestra ciencia. Debemos destacar la importancia que hemos dado al estudio de las instituciones fundamentales del derecho procesal, recogiendo, de forma resumida, todas aquellas aportaciones históricas y doctrinales que confluyen sobre nuestro sistema procesal vigente. También queremos destacar el análisis concreto que se contiene en la obra respecto de las especialidades y caracteres propios de Navarra en el ámbito de la administración de Justicia con base en los arts. 59 a 63, del Título II de la LO 13/1982, de

Reintegración y Amejoramiento del régimen Foral de Navarra. A ese fin se estudia la estructura organizativa de la Administración de Justicia en Navarra, así como las especialidades en materia de Derecho Procesal, como la referente al recurso de casación ante el TSJ de Navarra, basado en normas de Derecho Civil Foral.

La sistemática seguida se fundamenta en la voluntad de ofrecer el máximo de conocimiento para conseguir un máximo de entendimiento de la materia. A ese fin, seguimos un modelo de explicación de las cuestiones, que se fundamenta en los textos principales en los que se contienen las referencias precisas para el correcto análisis y comprensión de las instituciones de un modo directo y accesible. Textos que se refuerzan con los párrafos necesarios y notas a pie de página donde se contienen, en su caso, ulteriores precisiones o informaciones sobre cada una de las materias objeto de explicación. De ese modo entendemos que se conjugan las necesidades de los lectores, que pueden tener un distinto nivel de interés o exigencia respecto a los temas tratados.

Los autores esperamos que la obra sirva al fin pretendido y que pueda seguir mejorando en sucesivas ediciones con las aportaciones que a buen seguro surgirán de su lectura y exposición tanto en el ámbito docente como profesional. Y, al mismo tiempo, queremos agradecer al Instituto Navarro de Administración Pública por la oportunidad que nos concede de participar en la prestigiosa Colección “Pro Libertate”. Esta iniciativa permite dotar a los distintos ámbitos jurídicos de instrumentos útiles y eficaces para lograr un conocimiento adecuado sobre las instituciones jurídico-procesales.

Los autores

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

1. EL PROCESO COMO SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Desde el inicio de las sociedades humanas han existido normas jurídicas que han tenido la finalidad de regular las conductas de las personas. La misma aplicación de la norma o, precisamente, su incumplimiento han dado lugar a la existencia del conflicto entre los particulares o entre estos y la sociedad. Estas controversias han sido resueltas mediante tres sistemas muy distintos: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

1º La autotutela o autodefensa es el sistema más antiguo en el tiempo y se caracterizaba porque uno de los sujetos en conflicto, o incluso a veces los dos, resuelve el conflicto pendiente con el otro mediante la acción directa¹. La solución del conflicto es realizada unilateralmente por una de las partes que impone su voluntad a la otra².

1. Véase ALCALÁ ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, pp. 37 y ss.

2. Sobre este sistema, decía KISCH que “*hay indicios que permiten creer que en los tiempos primitivos era función de los particulares hacer prevalecer sus intereses lesionados por la fuerza de cada uno*”, pero “*los inconvenientes de tal autodefensa debieron inducir a la sociedad a combatirla; primero, si no proscribiéndola, por lo menos sujetándola a ciertos límites; más tarde, prohibiéndola totalmente, al mismo tiempo que se hacía prevalecer la composición voluntaria, obligando al lesionado a contentarse con un acuerdo particular.*”

La autotutela también se puede definir como justicia privada, que era la que regía en los inicios de Roma. Sistema de justicia que pronto fue superado por la propia evolución de la sociedad que condujo a que fuera erradicada la llamada “Ley del Talión” del ojo por ojo y diente por diente, que no dejaba de ser una venganza o represalia del ofendido contra el agresor controlada, en cierta medida, por la propia comunidad social. Así, para evitar los abusos en que, normalmente, incurrían los particulares al ejercer su derecho de autodefensa, se encomendó al Estado la prestación de esta función. Sobre esta cuestión, señala IGLESIAS que: “*en la época augustuea se dan leyes encaminadas a condenar el uso de violencia para la propia defensa de los derechos. Luego en la época imperial un decreto de Marco Aurelio –Decretum divi Marci– ... establece una sanción civil, por virtud de la cual pierde su derecho aquel que puso en práctica medios de propia defensa o ejecución*”³.

Este sistema primitivo de autotutela fue pronto superado para establecer sistemas de autocomposición y, preferentemente, de heterocomposición, que son la base del nacimiento como sistema de la función jurisdiccional tal como se la concibe actualmente⁴. Como dice IGLESIAS, refiriéndose a la evolución del sistema de justicia en Roma: “*En un ambiente social primitivo, donde falta un poder de coacción que impela al cumplimiento de los que son tenidos por derechos, bien se comprende que constituya la autodefensa el único medio del que pueda valerse la parte acreedora... Mas cuando el Estado ha surgido, son sus órganos –los tribunales– los que asumen la defensa para la aplicación de las sanciones correspondientes a tales deberes*”⁵.

En los sistemas democráticos está vigente, con carácter general, la prohibición de autotutela que impide que una persona pueda hacer va-

La familia, la estirpe, la tribu, asumieron la función de acallar las contiendas, como cosa propia de ellas, si bien en un principio solo cuando los interesados se les sometían voluntariamente, y solamente más tarde también en contra de su voluntad”. KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1932, T. I, p. 24.

3. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1958, pp. 188 y 189.

4. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, ed. cit. p. 97. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil* (con M.A. FERNÁNDEZ), Madrid, 1995, T. I, p. 24.

5. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1958, p. 188.

ler por sí misma su propio derecho utilizando para ello violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Así está previsto en el art. 455 CP, que tipifica como delito la realización arbitraria del propio derecho. Por ejemplo, la “recuperación” violenta de un objeto aunque en realidad nos pertenezca. Ello sin perjuicio de poder emplear las vías legales previstas de reclamación extrajudicial o de autotutela limitada (por ej., en los arts. 592 y 612 CC)⁶.

2º La autocomposición se caracteriza porque son los propios sujetos en conflicto quienes, mediante un sacrificio unilateral o mediante el mutuo acuerdo, lo solucionan. En la actualidad, este modo de resolución de conflictos se manifiesta en distintas instituciones como la mediación, la conciliación, la renuncia, el allanamiento, el desistimiento o la transacción⁷. Los inconvenientes de estos cauces de autocomposición se hallan en el hecho de que el conflicto no queda definitivamente resuelto, pues nada impide que cualquiera de las partes pueda desconocer o no aceptar la solución a la que se haya llegado. De ahí que, en la actualidad, solo cuando la autocomposición es homologada judicialmente puede considerarse solventado el conflicto de un modo definitivo.

3º La heterocomposición se caracteriza porque el conflicto o controversia es resuelto por un tercero imparcial al que las partes acuden. Este tercero se compromete, o viene obligado en razón de su oficio, a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes, lo que hace que se sitúe o actúe no “inter partes”, sino “supra partes”⁸.

Dos son los cauces de heterocomposición admitidos actualmente en los Ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso jurisdiccional público. Se trata de dos procedimientos de resolución de conflictos que

6. ALCALÁ ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, edic. cit. pp. 37 y ss. FAIRÉN, *Los equivalentes jurisdiccionales, Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (la defensa)*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Madrid, 1992, T. III, pp. 37 y ss. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, edic. cit. pp. 89 y ss.

7. DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría de Derecho*, Madrid, 1982, pp. 12 y ss. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, edic. cit. pp. 92 y ss. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 23 y 24.

8. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, edic. cit., p. 24.

aparecen sucesivamente en el tiempo. Probablemente, sea el arbitraje realizado por líderes militares, religiosos o políticos el origen de la función jurisdiccional. Arbitraje que primero sería facultativo y posteriormente obligatorio⁹. Más tarde, la figura del árbitro fue sustituida por la del Juez o Magistrado funcionario del estado al que obligatoriamente se deben dirigir las partes para dirigir sus conflictos, que se resolverán exclusivamente mediante el instrumento legal del proceso.

Estos dos sistemas de resolución de conflictos se hallan en la actualidad vigentes. Arbitraje y proceso jurisdiccional son dos medios de resolución de controversias. Ahora bien, aunque arbitraje y proceso tengan unas raíces históricas comunes, se nos presentan en la actualidad como cauces de heterocomposición con notables diferencias, entre las que pueden destacarse las siguientes: 1º) El arbitraje sólo es posible cuando media un acuerdo previo entre las partes; el proceso no precisa de este acuerdo previo, pues el Estado dispone de unos órganos, a los que cabe acudir en todo caso para solventar las controversias que hayan surgido. Además, como veremos a continuación, la exclusividad de la función jurisdiccional por órganos del estado presupone el derecho de los ciudadanos a que de su asunto conozca un órgano jurisdiccional público. De modo que nadie está obligado a acudir a un arbitraje, que siempre es una elección de las partes. 2º) En el arbitraje, la legitimación para resolver el conflicto procede de un contrato entre las partes y el tercero, agotándose la “auctoritas” en un único ejercicio, que finaliza con el laudo o sentencia arbitral; por el contrario, en el proceso, el tercero imparcial es un órgano preestablecido por el Estado para conocer de los conflictos que surjan en el seno de la sociedad, estando para ello dicho órgano investido de “auctoritas” con independencia de contrato alguno¹⁰. 3º) El

9. Como señala CALAMANDREI: “*el paso del arbitraje facultativo a la institución de los jueces públicos es corto: cuando el Estado, en lugar de limitarse a imponer a los contendientes el recurrir a los árbitros privados, asume directamente la función plena de garantizar el derecho, mediante órganos propios, investidos de pública autoridad, a los que los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias, la jurisdicción, como función del Estado, ha nacido ya*”. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, edic. cit., p. 24.

10. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, edic. cit., p. 94. Sobre los conceptos de “auctoritas” y “potestas”, vid. D’ORS, *Una introducción al estudio del*

objeto del arbitraje se circunscribe a las materias sobre las que las partes pueden disponer, en tanto que a través del proceso es posible solucionar todo tipo de controversias. No es posible, por tanto, someter un asunto penal a un tribunal arbitral, por ser una materia de derecho público. 4º) Finalmente, el arbitraje puede sustanciarse mediante el procedimiento que, libremente, fijen las partes. Eso sí, respetando los principios de igualdad, audiencia y contradicción de las partes (arts. 24 y 25 LA). Sin embargo, todos los procesos judiciales se sustanciarán conforme con las normas procesales, de naturaleza pública, previstas en la Ley (arts. 1 y 2 LEC y 1 LECrim).

De lo expuesto, resulta que en los países de nuestro entorno cultural y político, es el proceso el instrumento establecido para el ejercicio de la función jurisdiccional. Proceso que sustancian órganos judiciales públicos que desempeñan su función en régimen de exclusividad (salvo la excepción del arbitraje, véase el Cap. 42 del Vol. II de esta obra). Es en este punto del que partimos, ya que es el proceso jurisdiccional el objeto de estudio de la disciplina del derecho procesal. A su análisis se dedican los capítulos siguientes.

2. PROCESO, JUICIO Y PROCEDIMIENTO.

El proceso se constituye en una serie o sucesión de actos regulados por el Derecho, que se realizan en el tiempo, como instrumento necesario para la actividad jurisdiccional.

También es habitual que se utilice, en la práctica forense, el término procedimiento como sinónimo de proceso. Esta identificación de conceptos puede venir inducida por el derecho histórico, en el que el Derecho Procesal se conocía bajo el enunciado general de procedimientos judiciales.

Existen abundantes explicaciones sobre sus diferencias. No obstante, una de las más claras es la ofrecida por FENECH, que define el proceso como una sucesión de actos destinados a la obtención de un fin. Se

Derecho, Pamplona, 1963, pp. 50 y ss. CARRERAS, *Las fronteras del juez*, en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), edic. cit., pp. 111 y ss.

considera el proceso como un fenómeno dinámico. El procedimiento, en cambio, debe entenderse como la norma de actuación que regula cómo deben sucederse los actos procesales, y tiene un carácter estático.

Esta distinción se nos presenta más sencilla cuando nos referimos “*al proceso de obtención de un determinado producto*”, pues nos estamos refiriendo a la ejecución de aquellos actos que se van sucediendo para la obtención de aquel producto (p.ej. el proceso de fabricación de un automóvil; de un televisor, etc.). Por el contrario, cuando nos referimos a “*un procedimiento para la obtención de un producto*”, estamos aludiendo al conjunto de normas que regulan cómo deben sucederse los actos que deben realizarse, es decir, al conjunto o manual de instrucciones necesarias para fabricarlo.

Consecuencia de esta distinción es que pueden existir multitud de procesos de una determinada clase que se sigan ante los Juzgados, si bien todos ellos estarán sujetos a la misma norma vigente de procedimiento.

Distinta valoración merece la comparación entre los conceptos de juicio y proceso, ya que ambos sí pueden considerarse sinónimos. Estos dos términos han sido empleados en muchas de nuestras leyes procesales de forma sinónima, formando ya parte de nuestra tradición jurídica. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha mantenido la tradición y sigue equiparando ambos términos y usándolos de forma indistinta.

A título de ejemplo, el art. 248 LEC regula las clases de procesos declarativos y dentro de esta denominación distingue entre el juicio ordinario y el juicio verbal. El enunciado del art. 249 LEC se refiere al ámbito del juicio ordinario y el art. 250 al ámbito del juicio verbal. El Título III, Capítulo I regula el proceso monitorio y el Capítulo II el juicio cambiario.

Hay doctrina que afirma que el término juicio es más atécnico y propugna su sustitución por el más correcto de proceso. Sin embargo, la realidad es que la LEC de 2000 ha mantenido ambos términos, probablemente por tratarse de términos históricamente aceptados por la tradición y por los sucesivos legisladores. Si se atiende a su significado etimológico, vemos que el término juicio implica una operación mental consistente en analizar dos argumentaciones para poder determinar la más convincente. Supone la atribución de un predicado a un sujeto.

Precisamente, esta la finalidad de la actividad procesal: seguir un proceso donde las partes aportan todo el material fáctico y exponen sus argumentos para que al final, en la sentencia, el juez elija los de aquella parte que entienda más ajustados a derecho. Ahora bien, en Derecho Procesal el concepto de juicio debe entenderse siempre como sinónimo de proceso y del juicio emitido en la sentencia.

El proceso judicial tiene por finalidad servir de cauce para la sustanciación y resolución de las peticiones de tutela jurisdiccional realizadas ante los tribunales de justicia conforme está previsto en la leyes de procedimiento. Pretensiones que se formularán ante el tribunal competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida (art. 5.2 LEC). De modo que el proceso se configura como una suerte de relación jurídica entre las partes y el tribunal que se sitúa en una posición supraordenada a los intereses de las partes, conforme con los principios que rigen su actuación. (Véase sobre el estatuto jurídico de los Jueces y magistrados, el § 3 de este mismo capítulo y el § 4.1 del Cap. II).

La relación que se establece entre el Tribunal y las partes, y estas entre sí, se acostumbra a definir como una relación jurídica. Sin embargo, se trata de una conceptualización sencilla que puede servir para referirse al proceso de forma genérica, pero que no describe técnicamente el concepto de proceso. Es cierto que como consecuencia del proceso se crean relaciones jurídicas, pero no quiere decir que el proceso entero (el de declaración y el de ejecución) sea en sí mismo una relación jurídica. Por otra parte, la citada relación se halla sometida a posibles cambios. A este respecto, puede producirse una ampliación de las partes como consecuencia de la intervención o de la acumulación de autos. Pero, sobre todo, el proceso no es una relación jurídica porque las partes, en el proceso, no tienen propiamente obligaciones, sino cargas procesales. Obligación designa un vínculo personal por el que a alguien se impone el deber jurídico de actuar de una determinada manera. Por el contrario, carga designa las consecuencias perjudiciales que pueden producirse cuando alguien no realiza aquello que puede realizar, pero cuya realización concreta depende de su exclusiva voluntad. El contenido de la obligación es un hacer respecto de otra, el de la carga es solo la necesidad de pasar por los perjuicios de la propia inactividad. En este sentido, se dice que en el proceso no hay obligaciones, sino cargas. El

demandado “puede” comparecer, pero no está obligado a ello; las partes pueden alegar lo que convenga a su derecho, pero no están obligadas a hacerlo, pueden proponer y practicar pruebas, pero no están obligadas a ello, pueden apelar, etc. Mas la consecuencia de no comparecer es la declaración de rebeldía, la consecuencia de no alegar hechos o no practicar prueba es que precluye la oportunidad de hacerlo, etc.

Con todo, como consecuencia del proceso, pueden producirse verdaderas obligaciones de las partes, aunque algunas de ellas estén desprovistas de una sanción inmediata. Así: a) Las partes tiene obligación de pagar las costas causadas y las costas a que el Juez pueda condenarles. b) Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar colaboración con los órganos jurisdiccionales (arts. 17 LOPJ y 522 LEC). c) Las partes tienen obligación de respetar en el proceso las reglas de la buena fe (arts. 11 LOPJ y 247 LEC). A este respecto, el TC ha establecido expresamente la necesidad de que el proceso esté presidido por “... los principios de buena fe, la diligente actitud y la lealtad intersubjetiva, que no puede quebrantarse con conductas interesadas y sinuosas...” (108/85, de 8 octubre).

El ámbito de conocimiento o de actuación de los tribunales de justicia abarca todo tipo de relaciones jurídicas en cualquier rama del derecho. Corresponde a las personas instar la actuación judicial utilizando para ello los procedimientos previstos en la Ley¹¹. Así resulta del derecho de tutela judicial efectiva, concretado en el principio “pro actione” elaborado por el TC, que determina el derecho de los ciudadanos a solicitar tutela judicial que los tribunales no podrán desestimar por motivos formales, salvo que el defecto fuere insubsanable o

11. Ello sin perjuicio de las facultades de oficio de los tribunales respecto de determinadas materias. Por ejemplo, los jueces de instrucción en materia penal, que tienen competencia para abrir un procedimiento penal de oficio en cuanto tuvieren conocimiento de la existencia de un hecho delictivo. No obstante, la naturaleza del proceso determina una estructura en la que siempre existan unas partes contrapuestas y en la que el Juez tenga una posición supraordenada exigida por el principio de independencia judicial. De modo que en el caso apuntado, una vez abierto el procedimiento judicial, el Juez lo deberá poner en conocimiento de la Fiscalía que deberá solicitar la continuación de las actuaciones. En caso contrario, el Juez deberá archivar las diligencias por falta de impulso de parte.

se subsanare conforme con el procedimiento previsto en la Ley (art. 11 LOPJ). Concretamente, en el proceso civil se podrá pretender de los tribunales “*la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley*” (art. 5.1 LEC). También puede solicitarse tutela jurisdiccional en el proceso penal cuando el bien jurídico dañado se halle protegido por el Código Penal, mediante la personación en el proceso como acusación particular o popular y solicitando las penas que correspondieren por el delito cometido (arts. 101 y s. LECrim).

3. EL DERECHO PROCESAL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

El Derecho Procesal es el derecho objetivo que tiene por objeto el ejercicio, por medio de los procedimientos previstos en la Ley, de la función jurisdiccional por los tribunales de justicia. A ese fin, es objeto del derecho procesal el estudio de la constitución y competencias de los tribunales de justicia, los procedimientos judiciales y los actos y resoluciones de carácter procesal que se dictan en el proceso así como sus efectos.

El derecho procesal incluye en su ámbito de conocimiento la prestación de la función jurisdiccional en los cuatro órdenes existentes en nuestro sistema jurídico (civil, penal, social y contencioso-administrativo, más el militar) conociendo de cuestiones civiles, mercantiles, penales, contencioso-administrativas y sociales. En cualquier caso, el derecho procesal es siempre derecho público, de carácter imperativo e improrrogable. Esto es así por cuanto el derecho procesal no regula relaciones entre particulares, sino la prestación de la función jurisdiccional por los tribunales de justicia, que son órganos del estado que realizan una función pública en régimen de exclusividad. Ello con independencia de que la materia o derecho aplicado pueda tener carácter de derecho privado y, por tanto, disponible para las partes. Véase el Cap. V sobre el carácter de las normas procesales.

Hacemos referencia en este punto a la jurisdicción como función de prestación del servicio de administración de justicia. Pero el término

jurisdicción también sirve para: – Designar a uno de los poderes del estado, según la clasificación típica que distingue entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Esta acepción y, especialmente, el órgano de gobierno del poder judicial, que es el Consejo General del Poder judicial, es tratado en el § 2 del Cap. II. – La estructura de los tribunales de justicia, que se vertebran en torno a los cuatro órdenes jurisdiccionales (§ 3 del Cap. II). – Un presupuesto del proceso, considerando que el primer y primordial presupuesto para que se pueda sustanciar un proceso válido y eficaz es que el tribunal que conoce del asunto tenga jurisdicción. Es decir, que se haya constituido y que tenga competencia legalmente atribuida para conocer de un determinado asunto (véase el Cap. VIII).

La función jurisdiccional es una función soberana del Estado que se ejerce en régimen de exclusividad por los tribunales de justicia, que son órganos del Estado, servidos por jueces y magistrados. Así lo establece el art. 117.3 de la Constitución que dispone que: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”. De igual contenido es el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La naturaleza pública de la función jurisdiccional, ejercida en régimen de exclusividad, determina la necesidad de establecer: – el derecho de los ciudadanos al amparo judicial del estado, que debe garantizar el acceso a los tribunales de justicia; – la obligación de los jueces y tribunales de prestarla mediante un proceso con todas las garantías y sin indefensión para ninguna de las partes; y – la plena eficacia de las resoluciones judiciales que se dicten en los procedimientos judiciales. A este conjunto de derechos y prestaciones se llama el derecho a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, que está reconocido en el art. 24 C.E. La abundante jurisprudencia constitucional que lo estudia y lo interpreta ha conducido a que este derecho a la tutela judicial efectiva englobe el conjunto de derechos y obligaciones de los justiciables frente a la Administración de Justicia. Este importante desarrollo lo ha convertido, en consecuencia, en un concepto esencial del Derecho Procesal. En concreto, ha servido para que dentro del ámbito del Derecho Procesal se delimitara aquel conjunto de derechos y obligaciones de los justicia-

bles y sirviera para analizar si la actividad procesal desarrollada en cada caso se ha ajustado a la legalidad constitucional y, en consecuencia, si se han respetando las debidas garantías constitucionales. Véase, sobre los derechos de los justiciables, el Cap. IV.

La tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables se realiza por medio del proceso y se materializa en: la condena del demandado al cumplimiento de una determinada prestación de hacer, no hacer o entregar alguna cosa (acciones de condena); la declaración de un derecho o relación jurídica, que carecía de falta de claridad o su certeza era controvertida por alguna de las partes (acciones meramente declarativas); y la creación, modificación o extinción de determinadas relaciones jurídicas, sobre las que la voluntad de los particulares no puede incidir (acciones constitutivas). También forma parte de esta tutela judicial la ejecución forzosa de las sentencias y la adopción de medidas cautelares.

4. ALCANCE Y NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional en nuestro actual orden jurídico, tiene el siguiente alcance:

1. La tutela de todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos (arts. 24.1 CE y 7.3 LOPJ), con especial protección de los derechos y libertades fundamentales (arts. 53.2 CE y 7.1 y 7.2 LOPJ).
2. La actuación del “ius puniendi”, sujeto al monopolio jurisdiccional (arts. 25 CE y 1 LECrim).
3. El control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican (arts. 106.1 CE y 8 LOPJ).
4. El control de la constitucionalidad de las leyes (art. 161 CE). Dicho control está especialmente encomendado al TC que, aunque está fuera de la organización jurisdiccional, es un órgano jurisdiccional en cuanto tutela la efectividad de la Constitución, incluso siendo una instancia de fiscalización del sometimiento a la misma de jueces y tribunales.

La actividad jurisdiccional es ejercida por órganos jurisdiccionales, que se componen de jueces y magistrados, por medio de un proceso que ha sido previamente regulado. Se trata, por tanto, de aplicar una actividad reglada con anterioridad. La sujeción a estas reglas preestablecidas supone la mejor garantía para que las partes dispongan de los correspondientes medios de ataque y defensa con plena neutralidad. Dada su naturaleza de función soberana del Estado, su ejercicio queda limitado al espacio territorial del Estado y tiene carácter indeclinable, administrándose en nombre de quien personifica su soberanía. En este sentido, el art. 117.1 CE establece que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. Deben tenerse en cuenta las salvedades que contemplan actualmente sobre esta cuestión los Tratados internacionales, en especial, los relacionados con la Unión Europea.

La jurisdicción se presta en régimen de exclusividad por los órganos jurisdiccionales, determinados legalmente, que son los que tienen la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, conforme con las normas de competencia y procedimiento previstas en la Ley (art. 117 LEC). Ello sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución a otros órganos. Este es el supuesto de la competencia atribuida a órganos supranacionales por los tratados internacionales que España tenga suscritos¹².

12. Este es el caso de la competencia atribuida a los tribunales de la Unión Europea celebrados al amparo del art. 93 CE. La razón de ello reside en la naturaleza del tratado de la Unión Europea –del que España es parte– que se aprobó por la vía del art. 93 CE, lo que implica que estos tribunales comunitarios tengan competencias jurisdiccionales propias en el ejercicio de las función constitucional de la jurisdicción. En su virtud, los tribunales comunitarios ejercen funciones jurisdiccionales derivadas de la constitución, por lo que sus decisiones se imponen y ejecutan en España sin ninguna clase de procedimiento de homologación o reconocimiento.

Distinta es la cuestión con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Este tribunal se fundamenta en el Convenio de Roma de 1950, que se vincula al Consejo de Europa. Este Convenio para la protección de los derechos humanos ha sido complementado por numerosos Protocolos facultativos, entre los cuales el n° 11 ha dispuesto una mejora sustancial en la conformación del tribunal y el procedimiento ante este. Precisamente, el citado Convenio Internacional se aprobó por la vía del art. 96 CE, por lo que las sentencias que se dicten por ese tribunal carecen de eficacia directa en nuestro derecho. Ello no obstante, la evidente influencia de

También reconoce la Constitución potestades jurisdiccionales al Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas. El Tribunal Constitucional se examina en el § 2 del Cap. II. El tribunal de cuentas se regula en el art. 136 de la Constitución, que conforme con su LO 2/82, de 12 de mayo, tiene competencia para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en la que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Aunque la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas no es fácil de precisar, no puede dejarse de tener en cuenta que, después de la Ley 10/92, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, cabe recurso de casación contra algunas resoluciones del Tribunal de Cuentas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

La función jurisdiccional debe ser ejercida conforme a unos parámetros que garanticen el buen fin de la misma. Las notas que deben caracterizar esta actividad son:

a) Sometimiento de los jueces al imperio de la ley.

b) Imparcialidad. El juez se encuentra en un plano superior a la posición procesal de las partes enfrentadas y le corresponde la dirección del proceso, debiendo procurar el cumplimiento de las normas procesales. No podrá tener ninguna relación funcional con el asunto litigioso (“Nemo iudex in causa sua”), debiendo carecer totalmente de interés en el mismo.

c) Independencia. El juez no está sometido a las órdenes o instrucciones de otros órganos del Estado ni de los Tribunales jerárquicos superiores (independencia funcional). Esta independencia se protege en el art. 12 LOPJ, prohibiendo a los órganos superiores corregir las resoluciones de los inferiores si no es por medio de los recursos pertinentes. También prohíbe que los órganos superiores dicten instrucciones de carácter general o particular sobre la forma de aplicar el derecho por

las Sentencias del TEDH, respecto tanto a la interpretación de los derechos fundamentales –por la vía de lo dispuesto en el art. 10.2 CE– como por la de haber propiciado profundos cambios legislativos, especialmente en materia de proceso penal. V.g. la aprobación del procedimiento abreviado en el año 1988, por efecto de las sentencias del TEDH sobre la imposibilidad de que el Juez instructor pudiera, en ningún caso, fallar sobre el fondo de un asunto criminal.

los inferiores. El art. 15 LOPJ también establece que los jueces no podrán ser sancionados o apartados del servicio si no es por causa prevista expresamente en la ley (independencia personal).

La protección de la independencia judicial viene establecida en la propia Constitución, al disponer el art. 117.1º que: “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”. Se refuerza esta protección en el art. 117.2 CE, al añadir que: “*Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y, con las garantías previstas en la ley.*”

Preservar estas notas que caracterizan la función jurisdiccional constituye la principal garantía de un correcto funcionamiento del sistema procesal. Su proyección constitucional tiene lugar a través del derecho de defensa, del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y, en especial, del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Así se desprende del contenido de los arts. 24 y 117.3º CE, que viene refrendado por el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, referente a la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y por el art. 14.1º del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, sobre Derechos Civiles y Políticos. (Véase también sobre esta materia, el § 4.1 del Cap. II, sobre las garantías previstas en la LOPJ para el correcto ejercicio de la función judicial).

5. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional comporta, según el art. 117.3 de la Constitución, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Estas dos actividades son las únicas que integran el quehacer jurisdiccional, aunque el art. 117.4 de la Constitución permite que juzgados y tribunales puedan llevar a cabo otras actividades no propiamente jurisdiccionales, que les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. Entre las funciones no jurisdiccionales que se atribuyen, en la actualidad a nuestros tribunales, deben destacarse, por ejemplo, la de registro civil (art. 2.2. LOPJ) y la jurisdicción voluntaria (art. 1811 LEC de 1881).

La concreta tutela jurisdiccional que puede ser solicitada a los tribunales de justicia puede tener distinto contenido. Basta comprobar la exhaustiva relación de clases de tutela jurisdiccional que se contiene en el art. 5.1 LEC. Sin embargo, toda la enumeración del citado precepto se puede resumir en dos clases de tutela que ya tienen carta de naturaleza en el derecho procesal, que son la tutela declarativa y la ejecutiva. A estas dos se puede sumar como una clase intermedia, pero distinta, la tutela cautelar. A la tutela declarativa corresponde el proceso de declaración, al que la LEC dedica el Libro II, mientras que a la ejecutiva corresponde el proceso de ejecución, al que la ley dedica el Libro III donde también regula las medidas cautelares.

5.1. Actividad de enjuiciamiento.

Antes de declarar el Derecho, el juez debe enjuiciar. Por enjuiciamiento se entiende la actividad jurisdiccional consistente en determinar la existencia de los hechos en los que se fundamenta la petición y su aplicabilidad, o encaje, en una norma objetiva. Esta actividad enjuiciadora se concreta, fundamentalmente, en la sentencia; sin perjuicio de que durante el proceso el Juez deba realizar distintos actos de esta naturaleza para resolver las cuestiones incidentales que se planteen durante la sustanciación del proceso.

El juicio jurisdiccional se ha venido asimilando tradicionalmente a un juicio lógico: a un silogismo. La premisa menor describe los hechos naturales, la premisa mayor, lo que establece la norma de derecho, y la conclusión es el resultado de subsumir los hechos en la norma. Hay que decir, sin embargo, que esta asimilación es excesivamente simple y no se corresponde con la realidad, pues todo silogismo se debe construir con premisas homogéneas, y en el silogismo judicial hay premisas heterogéneas –hechos y derecho– de las que no cabe sacar una conclusión válida.

Lo que ocurre en la realidad es que, para poder enjuiciar, es necesario que el juez, una vez fijados los hechos naturales, los califique jurídicamente, pues hasta que no haya obtenido la descripción jurídica de los hechos, no podrá aplicar la norma.

Esto significa que la labor fundamental, en el enjuiciamiento, no es la de realizar el silogismo judicial, sino la de elaborar jurídicamente la

premisa menor, ya que elaborada dicha premisa, la conclusión es automática. En otras palabras, la complejidad del enjuiciamiento se halla en la construcción de la premisa menor: en la fijación de los hechos naturales y en su calificación jurídica. El silogismo judicial, por tanto, se fabrica “a posteriori”.

Juzgar no solo supone la rígida aplicación de la ley, sino la búsqueda de la solución justa para el caso concreto, en la que después de los juicios que permiten la fijación formal de los hechos, e integrados con los mismos, se producen un conglomerado de juicios de derecho, sin los cuales sería imposible la declaración del Derecho en el caso concreto. En realidad, en el juicio no hay una mera labor aplicadora de la norma, sino generalmente de integración, o incluso en algunas ocasiones de creación de reglas jurídicas. Toda esta tarea judicial debe desenvolverse, claro está, con sujeción al Ordenamiento jurídico, y en el ámbito de los principios de legalidad y jerarquía normativa garantizados por nuestra Constitución (arts. 9 CE y 1.7 cc.). Pero, incluso, dentro de estos límites, no siempre le es fácil al juzgador seleccionar y descubrir el sentido objetivo y actual de la norma, pues la diversidad y complejidad de los hechos objeto del enjuiciamiento pueden desbordar las previsiones a las que atendió el legislador. De ahí que, con independencia de los problemas que puedan plantear las lagunas o las leyes desfasadas, se imponga siempre la interpretación de la norma. Y, en este tema, hay que destacar, entre las reformas introducidas en 1974 por el Título Preliminar del Código civil: a) La referencia a la realidad social del tiempo en el que las normas deben ser aplicadas (art. 3.1); b) La función complementaria que se atribuye a la jurisprudencia con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.6.); y c) La llamada a la equidad que, aparte de poder constituirse en el contenido de la resolución judicial cuando la ley expresamente lo permita, es un criterio interpretativo que atempera la rígida aplicación de la norma (art. 3.2).

5.2. Actividad de declaración.

El proceso de declaración tiene como fin declarar la existencia de derechos discutidos por las partes, por medio actos procesales de alega-

ción, prueba y de decisión del litigio mediante resolución del tribunal. Esta actividad de declaración puede limitarse a declarar la existencia o inexistencia de un derecho subjetivo, de una relación jurídica o de una situación jurídica (sentencia meramente declarativa); puede, también, además de declarar el derecho, y como consecuencia de la declaración, condenar a una de las partes a una determinada prestación (sentencia declarativa de condena); y, puede, por último, declarar el derecho a obtener un cambio jurídico, siendo la propia sentencia, el hecho jurídico que lo produce (sentencia constitutiva).

Concedida la tutela solicitada y firme la resolución que la acoge, tiene el deudor condenado la responsabilidad contenida en el título de cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Son procedimientos declarativos ordinarios el juicio ordinario y el juicio verbal, que son procesos ordinarios destinados a enjuiciar todos los asuntos en razón de la cuantía. El juicio ordinario para las demandas de cuantía superior a 3.000 € y el verbal cuando no superen esa cantidad (arts. 249 y 250 LEC)¹³.

13. Estos cauces procesales también servirán para sustanciar procedimientos en razón de la materia con determinadas especialidades, que se pueden contener en la LEC o en otras leyes de carácter procesal. Además de los expresados la LEC, también regula procesos especiales que sirven para enjuiciar determinadas materias –arts. 748 y ss. LEC– (filiación –art. 764–, divorcios –art. 769–, herencias –arts. 782 y ss.–, etc.). Precisamente, en razón de su especificidad, su regulación contiene trámites o requisitos específicos y/o reglas especiales de procedimiento en virtud de la materia sobre la que deben tratar (retractos, interdictos, familia, etc.). Por ejemplo, los procesos especiales en materia de familia están informados por distintos principios y reglas procesales. La razón de esta diferencia se halla en las especiales características y naturaleza de los derechos que se debaten en esta clase de procesos. Por ejemplo, en esta clase de procesos, el tribunal puede acordar de oficio que se practique toda clase de prueba que considere pertinente (art. 752 LEC); mientras que la regla general, para los procesos ordinarios, es que la prueba se practique a propuesta de parte (art. 282 LEC). En el caso concreto de los procesos de familia, la razón de otorgar al Juez iniciativa probatoria radica en el interés público que informa los citados procesos. Véase, sobre las distintas clases de procedimientos judiciales, el § 1.2 del Cap. IX y más extensamente el Cap. XVI del Volumen II de esta Obra.

5.3. Actividad de ejecución.

El proceso de ejecución tiene por finalidad hacer efectiva la responsabilidad contenida en el título cuando así lo solicite el favorecido por la sentencia ante el incumplimiento del condenado. En este procedimiento de ejecución, el demandante solicita al juez que sustituya la conducta que debería realizar el deudor, si quisiera cumplir voluntariamente la resolución dictada. El proceso de ejecución se realizará mediante actos procesales de alegación, embargo de bienes, garantía de la traba y, en su caso, realización de los bienes para el efectivo pago al ejecutante.

Hay que señalar que es en la actividad de ejecución donde se producen mayores deficiencias en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya que, tradicionalmente, el órgano jurisdiccional ha carecido por una parte de alternativas a la venta judicial en subasta pública, y por otra, de medios expeditivos para ejecutar lo juzgado. Ante estas carencias, se señalaba que nuestra ejecución forzosa no podía ser eficaz. Estas carencias fueron afrontadas por la LEC 1/2000, sin que por el momento se hayan conseguido resultados destacables.

5.4. Actividad de aseguramiento.

Como la declaración y efectividad del derecho no pueden obtenerse de un modo inmediato en el momento que se solicitan, sino después de que se desarrollen una serie o sucesión de actos que precisan tiempo, surge el peligro de que, en el momento en que el órgano judicial declare lo justo en el caso concreto, se hayan realizado actos por parte del demandado que dificulten la efectividad o la ejecución de lo declarado. Para prevenir este peligro, la jurisdicción utiliza la llamada actividad de aseguramiento o cautelar (arts. 721 y ss. LEC).

Con esta actividad (adopción de medidas cautelares), se garantiza la eficacia del resultado de la función jurisdiccional en el caso concreto, ya que se conjura el riesgo de que la conducta del demandado impida o dificulte la efectividad de la sentencia.

CAPÍTULO 2

PODER JUDICIAL Y ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

1. JURISDICCIÓN, PODER JUDICIAL Y POTESTAD JURISDICCIONAL.

En la clásica división de poderes de MONTESQUIEU, la jurisdicción se identificaba como un poder del estado, junto con el legislativo y el ejecutivo. Desde este punto de vista, el Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado y en él se incluyen todo el conjunto de órganos que ejercitan su actividad fundada en la unidad jurisdiccional.

Al poder judicial se refiere la Constitución en el título VI, y también a esta denominación se refiere la CE que establece que: “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por jueces y magistrados integrantes del poder judicial...*” (art. 117.1 CE), a los que corresponde: “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*” (art. 117.3 CE). Por su parte, el art. 122 CE se refiere al Consejo General del Poder Judicial como: “*órgano de gobierno del mismo*”.

Esta es una acepción clásica y, como vemos, también admitida en nuestra Constitución. Ahora bien, admitiendo que la Constitución integra a los órganos jurisdiccionales en el poder judicial (dando a entender que este poder es uno de los tres poderes del Estado), la expresión poder judicial ni significa ni puede significar poder político. Así sucedería si el poder judicial se constituyera en fuerza o presión política y social del colectivo de jueces. Es por ello que, probablemente, hubiera sido más

adecuado que la Constitución no hubiera introducido la expresión poder judicial, que tantas confusiones puede producir. Del mismo modo, la misma existencia del Consejo General del Poder Judicial, que se estudia en el siguiente epígrafe, plantea más problemas que soluciones. Problemas que son evidentes cuando se observa la excesiva politización que actualmente existe en el CGPJ y en el Tribunal Constitucional. E indirectamente en los tribunales de mayor rango (TS de Justicia de las CCAA y el Tribunal Supremo) cuyos miembros son sometidos a votación en el CGPJ (art. 107 LOPJ, sobre las competencias del CGPJ).

En realidad, no era necesario que la Constitución se refiriera a la Jurisdicción como poder del Estado, sino que era, y es, suficiente con establecer los principios de actuación de la potestad jurisdiccional y las garantías inherentes a la misma. Tanto para los Jueces y Magistrados como para los ciudadanos que solicitan tutela jurisdiccional.

En cualquier caso, estando vigentes los preceptos citados de la Constitución, conviene señalar que el estudio de la jurisdicción como poder o incluso como potestad trasciende la materia que es propia del Derecho Procesal. Lo que interesa al derecho procesal es el hecho de que la potestad jurisdiccional se atribuye a unos órganos –no en su conjunto sino a cada uno de ellos–, a los que se les encomienda el ejercicio de la función jurisdiccional “*en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*” (art. 117 CE).

Más aún, resulta evidente que la legitimación última de la actuación de los tribunales de justicia no se fundamenta en la potestad jurisdiccional como expresión de la fuerza del estado, sino en la plena vigencia de los principios que dirigen la función jurisdiccional, que son en esencia los de independencia y sumisión a la ley (art. 117.1 CE). Es ese, a nuestro parecer, el fundamento de la legitimidad de la función jurisdiccional que precisa, además de la potestad o fuerza estatal, de un atributo que es la “*auctoritas*”. De ahí que se haya podido afirmar que “*aunque no esté directa y expresamente declarada en ningún texto normativo, la ‘auctoritas’, debe constituir una nota esencial de la jurisdicción, puesto que su concurrencia determina el paso de una justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la sociedad entera*”¹.

1. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, edic. cit., p. 33.

Debe tenerse presente el tan distinto cometido que desempeñan los jueces, frente al de otros funcionarios, consistente en decir el derecho, –“iuris dictio”–, en el caso concreto. Cometido que solo puede ser desempeñado por quien esté investido de lo que desde los tiempos del Derecho Romano ha venido conociéndose como “auctoritas” (saber o verdad socialmente reconocida, según D’ORS²). Faltando esta “auctoritas”, difícilmente cabe hallar una solución justa que se imponga por la bondad de su contenido y por la autoridad y prestigio del sujeto del que emana³.

2. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

El gobierno del Poder Judicial está encomendado al Consejo General del Poder Judicial, que ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, de acuerdo con la Constitución y lo previsto en la LOPJ. Está presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, que es la primera autoridad judicial del Estado (arts. 122.2º CE y 104.2 LOPJ).

El CGPJ está integrado por el Presidente y por veinte Vocales nombrados por un periodo de cinco años. La forma de designar a estos miembros, cuestión no pacífica en la doctrina, viene regulada en los arts. 111 y 112 LOPJ. El Estatuto que regula el funcionamiento del CGPJ figura en los arts. 117 a 121 LOPJ. La estructura de los órganos que componen el Consejo y su funcionamiento están previstos en los arts. 122 a 136 LOPJ, y el régimen de los actos y acuerdos, en los arts. 137 a 143 LOPJ.

Las funciones del Consejo se encuentran reguladas en los arts. 107 a 110 LOPJ, entre las que destacan, el nombramiento del Presidente del Consejo y del Tribunal Supremo, el nombramiento de dos miembros del Tribunal Constitucional, la inspección de juzgados y tribunales, la selección y promoción de jueces, informar sobre anteproyectos de leyes y disposiciones generales, la fijación y modificación de la planti-

2. D’ORS. ob. cit., p. 50.

3. CARRERAS, *Las fronteras del juez*, en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), edic. cit., p. 113.

lla orgánica de jueces, magistrados, secretarios y demás personal de la Administración de Justicia, la elaboración de una Memoria anual y la elaboración de reglamentos, entre otras.

3. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

3.1. El principio de unidad jurisdiccional.

La jurisdicción española es única conforme a lo dispuesto en el art. 117.5 CE. El principio de unidad jurisdiccional constituye la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales y, en sentido negativo, determina la inexistencia de ninguna clase de jurisdicción especial que pudiera tener una competencia específica y exclusiva sobre determinadas personas o instituciones. Ello con la salvedad de la jurisdicción militar, que es una excepción admitida expresamente en el art. 117.5 CE. Jurisdicción militar que está restringida al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estados de sitio⁴.

No resulta fácil fundamentar la existencia de esta excepción que pudiera tener sentido en tiempo de guerra, pero no respecto de procedimientos judiciales suscitados en la situación ordinaria de paz para los que también es competente la jurisdicción militar.

A salvo la excepción citada, de la jurisdicción militar, del resto de procedimientos judiciales conocerán los tribunales de justicia ordinarios, a cuyo fin juzgarán y ejecutarán lo juzgado y realizarán aquellas otras funciones expresamente atribuidas por la Ley (generalmente en garantía y protección de derechos). Ello sin perjuicio de la necesaria división de la función jurisdiccional en órdenes jurisdiccionales y, dentro de estos, la atribución de competencia a distintos tribunales estructurados en forma piramidal. A este fin la jurisdicción, aunque conceptualmente sea única, se divide en cuatro ramas distintas por razón de

4. A ese efecto, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, que regula la competencia y la organización de la jurisdicción militar, ha establecido en sus arts. 12 y ss., que esta conocerá solo de los presuntos delitos cometidos en estado de sitio o tiempo de guerra, o bien de los cometidos dentro del ámbito castrense por personal militar.

la materia: la civil; la penal; la contencioso-administrativa y la social. Estas ramas especializadas de la jurisdicción fueron surgiendo como consecuencia de la complejidad que fue adquiriendo el Ordenamiento jurídico. Así, desde una inicial concepción *ius privatista*, se pasó a una progresiva división del ordenamiento jurídico en distintas ramas que respondían a la necesidad de regular cuestiones distintas con principios y normas distintas. En primer lugar, se produjo la separación del orden penal y, posteriormente, la de los órdenes contencioso-administrativo y Social. Así sucede en el derecho español y también en la generalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales. Ahora bien, en otros ordenamientos jurídicos, principalmente los anglosajones, donde se aplica el denominado *common law*, esta separación no es tan clara. Al menos respecto al orden civil, laboral y contencioso-administrativo, ya que sí existe una nítida separación entre el orden penal y el civil..

Además de por el principio de unidad, la actividad jurisdiccional se encuentra garantizada por la independencia total en que actúan los tribunales de justicia en el ejercicio de su función jurisdiccional (arts. 117 CE y 104 LOPJ).

3.2. Clasificación.

El Estado ha organizado los órganos jurisdiccionales de forma tal que el resultado se asemeja a una pirámide en cuyo vértice superior está el Tribunal Supremo que tiene jurisdicción en toda España (art. 123.1 CE). El Tribunal Supremo culmina la estructura piramidal y es el órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en materia de garantías constitucionales para las cuales la competencia última es del Tribunal Constitucional⁵. En una posición descendente se hallan, en

5. Ello no implica que el Tribunal Supremo, al igual que el resto de órganos jurisdiccionales ordinarios, no puedan y/o deban garantizar la integridad de los derechos constitucionales de los ciudadanos mediante el amparo ordinario. Más al contrario, el recurso de amparo constitucional tiene carácter subsidiario y solo podrá interponerse cuando se hubiere agotado la vía judicial de amparo ordinario de la que conocen los tribunales ordinarios. Vía judicial de amparo ordinario que, conforme está previsto en el art. 53.2 CE, se sustanciará por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

planos horizontales, los demás órganos, cuyo número se va ampliando de forma progresiva conforme se encuentran más próximos de la base. La posición de cada uno de los tribunales responde a un doble criterio: 1º De jerarquía del tribunal. Conforme con el cual, los tribunales de la base tienen menos jerarquía, y los del vértice, culminado con el Tribunal Supremo, más jerarquía⁶. 2º De distribución territorial de los tribunales de justicia. Esta distribución se fundamenta en la LOPJ y la Ley de jurisdicción y Planta conforme con las que los tribunales de justicia tienen ámbito: municipal, de partido judicial, provincial, comunidad Autónoma. Además del ámbito estatal que es comprensivo del resto de ámbitos territoriales⁷. De esta forma, se ha configurado una estructura

6. La estructura jurisdiccional responde a la jerarquía en tanto que los tribunales superiores, situados en la parte alta de la pirámide, conocen, bien directamente de asuntos de mayor complejidad, o bien por vía de recurso, que cabe frente a las sentencias dictadas por los tribunales inferiores. También puede hablarse de jerarquía en tanto que los tribunales superiores pueden tener competencia para conocer de los conflictos de jurisdicción, de competencia y de las cuestiones de competencia (véase sobre estos procedimientos, los epígrafes 6 a 8 de este Capítulo). Pero, la jerarquía no significa sumisión de unos tribunales sobre otros, ni se opone en absoluto a la independencia de los tribunales que viene exigida y garantizada por el art. 117 CE y por el art. 12 LOPJ que establece la plena garantía de la independencia judicial en su párrafo 1º, el cual dispone que: *“En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”*. Además, en el párrafo 2º (art. 12 LOPJ) establece la prohibición de que los órganos judiciales superiores corrijan a los inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. Finalmente, se prohíbe a los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 12.3 LOPJ). Norma que cabe señalar que no se está cumpliendo ya que son numerosos los Acuerdos de Sala del Tribunal Supremo en los que se dictan normas sobre la interpretación de la Ley. Normas que no tienen encaje legal, pero que, sin embargo, tienen un importante alcance en la aplicación de la Ley por los tribunales de justicia, incluido el propio Tribunal Supremo.

7. Así se prevé en el art. 30 LOPJ, que establece que: *“El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas”*.

de carácter jerárquico que permite describir las distintas clases de tribunales existentes en nuestro orden jurisdiccional.

Los órganos jurisdiccionales pueden ser, unipersonales –Juzgados–, o bien colegiados –Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo–. Los Tribunales se dividen en Secciones (art. 81 LOPJ). En cada Tribunal existe una Sala de Gobierno, que tiene carácter administrativo y tienen encomendadas las tareas de gestión y gobierno interno de aquellos (arts. 149 y ss. LOPJ).

En la exposición que se ofrece a continuación, se relacionan los distintos órganos jurisdiccionales desde el Tribunal Supremo, que tiene ámbito estatal, hasta los jueces de Paz, que tienen ámbito municipal. También se refieren, con carácter general y sin ánimo de exhaustividad, las competencias que tienen atribuidas los distintos tribunales, distinguiendo el orden jurisdiccional en el que se hallan insertos. Competencias que se relacionan en la LOPJ, en cuanto al ámbito jurisdiccional de cada órgano jurisdiccional, y también en las distintas leyes de procedimiento, respecto a la clase de procedimiento del que deban conocer⁸.

A) *Tribunal Supremo (arts. 53-55 LOPJ).*

Tiene jurisdicción en toda España y su sede está en Madrid. Se compone de cinco Salas: Sala Primera, de lo Civil (art. 56 LOPJ); Sala Segunda, de lo Penal (art. 57 LOPJ); Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo (art. 58 LOPJ); Sala Cuarta, de lo Social (art. 59 LOPJ); y Quinta, de lo Militar.

También podrán constituirse Salas especiales para resolver los conflictos de jurisdicción, de competencia y las cuestiones de competencia (arts. 38, 39, 42 LOPJ); así como otras funciones especiales, como la de conocer de determinados incidentes de recusación, previstas en el art. 61 LOPJ.

8. La competencia atribuida a cada uno de los tribunales se determina según el orden jurisdiccional al que pertenezcan y, dentro de este, por la aplicación, básicamente, del criterio de competencia objetiva, que tratamos en el Capítulo 9.

La competencia del Tribunal Supremo consiste en el conocimiento de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios que establezca la Ley en las materias referidas del orden: civil, penal, contencioso-administrativo y social. No conoce, por tanto, el Tribunal Supremo de procedimientos en primera instancia, sino mediante el recurso de las resoluciones dictadas por los tribunales inferiores⁹. Sin perjuicio del supuesto especial de competencia para conocer de las demandas por responsabilidad civil y penal dirigidas frente a determinadas personas aforadas (arts. 56, 57, 58, 59 LOPJ).

B) *Audiencia Nacional* (arts. 62-64 LOPJ).

La Audiencia Nacional tiene jurisdicción en toda España y su sede está en Madrid. Se compone de tres Salas: De lo Penal (art. 65 LOPJ); De lo Contencioso-administrativo (art. 66 LOPJ) y De lo Social (art. 67 LOPJ)¹⁰.

En materia penal, la Audiencia Nacional tiene competencia para conocer, en primera instancia, del enjuiciamiento de determinados delitos especificados en el art. 65 LOPJ, caracterizados por su especial trascendencia o por afectar a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia¹¹. En materia contencioso-administrativa

9. Con la expresión primera instancia, nos referimos al enjuiciamiento de los hechos por un tribunal a partir de la inicial petición de las partes procesales. Actor y demandado (en el proceso civil) o acusador y acusado (en el proceso penal).

10. Debe tenerse presente la especial estructura de la Audiencia Nacional, caracterizada por conocer de determinados asuntos en razón de la materia. De modo que, a pesar de su ámbito estatal, la Audiencia Nacional conocerá en primera instancia de determinados procedimientos mediante órganos jurisdiccionales unipersonales que los resolverán y cuyas decisiones son recurribles ante órganos colegiados de la propia Audiencia Nacional. Así sucede en materia penal respecto a la que puede decirse que la Audiencia Nacional constituye en sí misma un sistema de estructura judicial limitada al ámbito de los delitos referidos en el art. 65 LOPJ. Sistema en el que conocen de la instrucción de los delitos los Jueces Centrales de Instrucción, y del juicio oral, los Jueces Centrales de lo Penal o la Sala de lo Penal, según la pena atribuida al delito.

11. La Audiencia Nacional conocerá de: los delitos contra la corona; falsificación de moneda; los cometidos fuera del territorio nacional; los procedimientos penales iniciados en el extranjero; la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales ex-

conocerá en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos de los Ministros y Secretarios de Estado que la ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, de determinados recursos y de la resolución de cuestiones de competencia entre los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (art. 66 LOPJ). Finalmente, en materia Social la Audiencia Nacional conocerá de los procesos sobre conflictos colectivos o impugnación de convenios colectivos cuando su ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma (art. 67 LOPJ).

C) Tribunales Superiores de Justicia (arts. 70-72 LOPJ).

Los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Autónoma extienden su jurisdicción al territorio de la Comunidad en la que se ubican y culminan la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (art. 70 LOPJ).

Los Tribunales Superiores de Justicia se componen de tres Salas: De lo Civil y Penal (art. 73 LOPJ). De lo Contencioso-administrativo (art. 74 LOPJ) y De lo Social (art. 75 LOPJ).

Como Sala de lo Civil conocerá del recurso de casación y del extraordinario de revisión en los casos previstos en la Ley (art. 73 LOPJ); y como Sala penal conocerá de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia en procedimientos de jurado [art. 73.3 LOPJ y art. 846.bis.a) LECrim]. Como Sala de lo contencioso conocerá, con carácter general, en única instancia de los recursos de esta clase que se interpongan frente a los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conoci-

tranjeros o el cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros; las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte; el procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento.

miento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 74 LOPJ). Como Sala de lo Social conocerá en única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma. También de los recursos previstos en la Ley frente a las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil (art. 75 LOPJ).

También se le atribuyen competencias en otras materias, como la de los procedimientos por responsabilidad civil y penal contra cargos institucionales de la Comunidad autónoma (arts. 73 y 76 a 78 LOPJ).

D) *Audiencias Provinciales (art. 80-81 LOPJ).*

Existe una en cada Provincia y tienen su sede en la capital de la provincia de la que toman su nombre, extendiendo su jurisdicción a toda ella. Están divididas en Secciones y tienen atribuidas competencias penales (art. 82.1º, 2º y 3º LOPJ); competencias civiles (art 82.4º LOPJ). También se le atribuyen otras competencias referentes a los incidentes de recusación y resolución de cuestiones de competencia (art. 82.5º LOPJ).

E) *Tribunal de Jurado.*

El Tribunal de Jurado es un órgano jurisdiccional cuya regulación se fundamenta en el mandato constitucional contenido en el art. 125 CE. Norma constitucional desarrollada en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que regula el procedimiento y las características de este tribunal que se compone por un Magistrado presidente y nueve ciudadanos seleccionados mediante el procedimiento previsto en la Ley 5/95 a la que se refiere expresamente el art. 83 LOPJ.

F) *Juzgados.*

En cada partido judicial habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con sede en la capital de aquel y con jurisdicción

en todo su ámbito territorial. Toman su designación del municipio de su sede. En la actualidad existen las siguientes clases de Juzgados de:

1. Primera Instancia (competencias civiles: arts. 84-86 LOPJ).
2. Instrucción (competencias penales: art. 89 LOPJ).
3. Lo Penal (competencias penales: art. 89.bis LOPJ).
4. Centrales de Instrucción (competencias penales relacionadas con la Audiencia Nacional: art. 88 LOPJ).
5. Centrales de lo Penal (competencias relacionadas con la Audiencia Nacional: art. 89.bis 3º LOPJ).
6. Lo Contencioso (arts. 90-91 LOPJ).
7. Lo Social (arts. 92-93 LOPJ).
8. Vigilancia Penitenciaria (arts. 94-95 LOPJ).
9. Menores (arts. 96-97 LOPJ).
10. Mercantiles (arts. 86.bis y 86.ter LOPJ).
11. Violencia sobre la mujer (art. 87.bis LOPJ).
12. Juzgados especializados (art 98 LOPJ): Familia; Incapacitaciones; ejecución hipotecaria¹².

G) *Juzgados de Paz* (arts. 99-103 LOPJ).

Tienen asignadas competencias civiles (art. 100.1º LOPJ) y competencias penales (art. 100.2º LOPJ).

4. PERSONAL ADSCRITO A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

Los órganos jurisdiccionales están dotados de personal jurisdiccional y no jurisdiccional que son los que permiten el desempeño de las

12. Estos juzgados no se diferencian de los de su misma clase, sino que se les atribuye el conocimiento específico en exclusiva de determinados asuntos, a efectos de una mejor organización del trabajo. Así, un juzgado de familia, no deja de ser un Juzgado de primera instancia especializado por acuerdo del CGPJ conforme con lo previsto en los arts. 98 LOPJ y 46 LEC.

funciones que tienen atribuidas. Otras personas e instituciones también cooperan con la administración de la justicia. Entre estos últimos, el Ministerio fiscal, abogados, procuradores o la policía judicial.

4.1. Jueces y Magistrados. Estatuto jurídico.

En cada órgano jurisdiccional existirá uno o más jueces y magistrados que forman un cuerpo orgánico único, estructurado jerárquicamente, que tiene encomendada la función constitucional de ejercer la jurisdicción (arts. 117 CE y 298 LOPJ)¹³. El ingreso en la carrera judicial, en la categoría de Juez, se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial. Naturalmente, el acceso a estos empleos públicos estará basado en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional (arts. 103.3 CE y 301 LOPJ)¹⁴.

Existe otro personal juzgador, que sin pertenecer a la Carrera Judicial, se encuentra sujeto al régimen establecido en la LOPJ, con inmovilidad temporal en función de su cargo. Pertenecen a este grupo los magistrados suplentes, los jueces sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos (art. 298.2 LOPJ).

Los Jueces y magistrados están sujetos a un estatuto específico que tiene por finalidad la de garantizar el correcto desempeño de las funciones jurisdiccionales que tienen encomendadas y, específicamente, la independencia judicial. A ese fin, la LOPJ establece unas normas concretas que contienen garantías, incompatibilidades y prohibiciones que tienden a establecer un ámbito concreto de independencia

13. Ello sin perjuicio de la regulación de los Jueces en provisión temporal que también podrán ejercer funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial. Estos son los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos (art. 298.2 LOPJ).

14. Podrán ingresar en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, o de magistrado, juristas de reconocida competencia conforme está previsto en los arts. 301.5, 311.1, 330.4, 343, 345 LOPJ. El acceso a la carrera judicial en la categoría de magistrado, precisará de la superación de un curso de formación en la Escuela Judicial (art. 301.5 LOPJ).

y amabilidad del Juez o magistrado respecto de los asuntos de los que debe conocer¹⁵.

Entre las garantías previstas en la LOPJ para el correcto ejercicio de la función judicial, merecen destacarse:

- La Independencia judicial. Todos están obligados a respetar la independencia judicial (art. 13 LOPJ), que se protege mediante la proscripción de cualquier orden o corrección sobre los jueces y magistrados, salvo las que deriven de la resolución de los recursos previstos en la Ley (art. 12 LOPJ). A ese fin, los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá promover, de oficio o a petición del Juez o del CGPJ, las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14 LOPJ).
- La inamovilidad, que garantiza que un Juez no pueda ser separado, suspendido, trasladado o jubilado, sino por alguna de las causas previstas en la Ley. Téngase presente, a este efecto, que el correcto desempeño de la función jurisdiccional exige la atribución de los asuntos a un juez ordinario y predeterminado por la Ley (véase, sobre este derecho, el Cap. 4.2). Juez o Magistrado que conocerá conforme con las reglas de competencia sin que pueda ser apartado del asunto mediante alguno de los expedientes citados. De ese modo, se evita que pueda utilizarse alguna de estas posibilidades para cambiar el juzgador predeterminado por la Ley (arts. 378 y ss. LOPJ).
- La inmunidad garantiza que un Juez o magistrado sólo pueda ser detenido por orden de Juez competente o en caso de flagrante delito (art. 398 LOPJ).
- Finalmente, la independencia económica garantiza una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional (art. 402 LOPJ).

15. Las incompatibilidades y prohibiciones con el desempeño del cargo de Juez o magistrado se contienen en los arts. 389 y ss. LOPJ que prohíben, entre otras, el ejercicio de cargos públicos, empleos de cualquier clase (salvo la docencia o investigación jurídica), ejercicio de la abogacía, actividades mercantiles, etc.

También se prevé, naturalmente, la responsabilidad en la que pueden incurrir en el desempeño de sus funciones¹⁶. La responsabilidad es la contrapartida de la inamovilidad y, en general, de la independencia judicial. También es el art. 117.1 de la Constitución (reproducido por el art. 1 de la LOPJ) el que establece que la justicia se administra por jueces y magistrados “responsables”. Esta responsabilidad de los jueces, se concreta por el art. 16.1 de la LOPJ en los siguientes términos: “Los jueces y magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley”.

La responsabilidad penal se asume por jueces y magistrados por los delitos y faltas cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 405 LOPJ); la civil, para el resarcimiento de daños y perjuicios que causaren en el desempeño de su función (art. 411 LOPJ); y la disciplinaria, por las faltas de carácter gubernativo que cometieran (art. 414 LOPJ). Además de la responsabilidad personal de jueces y magistrados, el art. 121 de la Constitución dispone que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

4.2. La Oficinal Judicial. Secretarios judiciales y otros funcionarios de la Administración de justicia. Otras personas colaboradoras con los órganos jurisdiccionales.

4.2.1. La Oficina Judicial. Secretarios judiciales y otros funcionarios.

El desarrollo de la actividad jurisdiccional de los tribunales exige una organización de carácter instrumental que sirva de soporte y apoyo necesario. Esta organización se denomina Oficina judicial y sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de los jueces (art. 435 LOPJ).

La estructura de la Oficina judicial es homogénea en todos los órganos jurisdiccionales, pero su dimensión y organización se determina-

16. Responsabilidad por hechos producidos en el ejercicio del cargo y que puede ser penal, civil o disciplinaria (arts. 405 y ss. LOPJ).

rá función de la actividad que en la misma se desarrolle. El elemento organizativo básico de la estructura de la Oficina judicial es la unidad, que comprenderá los puestos de trabajo de la misma, vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos. A su vez, y en atención a sus funciones, se distingue entre: unidades procesales de apoyo directo y servicios comunes procesales (arts. 437 y 438 LOPJ).

La Oficina judicial desarrollará sus funciones mediante personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia cuya actividad está basada en los principios de jerarquía, división de funciones y coordinación.

Al frente de cada servicio común procesal constituido en el seno de la Oficina judicial, habrá un secretario judicial, de quien dependerán funcionalmente, otros secretarios judiciales, y el resto del personal destinado en los puestos de trabajo (art. 438.5 LOPJ). En aquellos partidos judiciales en que el escaso número de órganos judiciales lo aconseje, el mismo Secretario Judicial de la unidad procesal de apoyo directo podrá estar al frente de los servicios comunes procesales (art. 438.5.2 LOPJ).

El secretario judicial es un funcionario público integrado en un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y que ejerce sus funciones con el carácter de autoridad con sujeción al principio de legalidad, imparcialidad, autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial (arts. 440 y 452 LOPJ)¹⁷.

El Secretario judicial cumple importantes y trascendentes funciones en el desarrollo de los procesos judiciales. Estas funciones se han reforzado y ampliado de forma notable en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que introduce un nuevo modelo de oficina judicial en el que el Secretario judicial asume competencias procesales para la tramita-

17. Los funcionarios del Cuerpo de Secretarios Judiciales serán seleccionados mediante oposición, que será el sistema ordinario de ingreso, o de concurso-oposición libre, que tendrá carácter excepcional. En cualquier caso, se deben garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad y también de publicidad, en la forma en que dispone esta ley orgánica y las disposiciones reglamentarias que la desarrollen. También puede accederse al cargo mediante el sistema de promoción interna de los funcionarios de carrera del Cuerpo de Gestión procesal y administrativa que lleven, al menos, dos años de servicios efectivos en el mismo (art. 442 LOPJ).

ción de los procesos, dejando a salvo los supuestos que afecten a la función estrictamente jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que conforme a la CE –art. 117.3– y a la LOPJ –art. 2.1–, competen a los Jueces y Tribunales como función propia y exclusiva.

En cuanto a sus funciones, el secretario judicial tiene atribuidas distintas, e importantes funciones, entre las que merecen ser destacadas las siguientes: – el ejercicio de la fe pública judicial¹⁸; – expedir certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales; autorizar y documentar el otorgamiento de poderes para pleitos; – son responsables de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados o ellos mismos cuando así lo autorice la ley; – la organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales; – son responsables del Archivo Judicial de Gestión, en el que se conservarán y custodiarán aquellos autos y expedientes cuya tramitación no esté finalizada; – el depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin; – La Estadística Judicial.

Como se ha dicho, las funciones de tramitación procesal se han reforzado en virtud de la reforma de la Ley 13/2009, que ha dispuesto una amplia intervención del Secretario Judicial respecto a cuestiones que, hasta el momento, eran competencia de los Jueces y Magistrados. Concretamente la ley les otorga competencia en las siguientes materias:

- Para admitir la demanda. Pero no para la inadmisión. La razón de la norma consiste en que la admisión de la demanda se configura como una actuación reglada que se establece como norma general, mientras que la inadmisión afecta al derecho de acceso a la justicia y, por tanto, debe resolverse por el Juez¹⁹.

18. El ejercicio de esta función tiene por finalidad dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante este, y de la producción de hechos con trascendencia procesal. Esta función se realizará mediante las actas y diligencias. También mediante medios técnicos de grabación o reproducción, en cuyo caso, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido (art. 453 LOPJ).

19. Véase que el art. 403.1 LEC dispone que: “*Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley*”.

- La declaración de terminación anticipada del proceso por desistimiento a solicitud expresa del actor, la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal, la enervación de la acción de desahucio por pago o consignación de las rentas por el arrendatario con pleno consentimiento del arrendador, la declaración de caducidad de la instancia por inactividad procesal de las partes, etc.
- En materia de ejecución tendrán la competencia general para las actuaciones que se desarrollen en dicha fase procesal, con excepción de aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados (art. 456.3.a) LOPJ). En su virtud, el Secretario tendrá competencia, entre otras funciones, para decidir acerca de la acumulación de las ejecuciones o sobre las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución²⁰.
- La conciliación, para llevar a cabo la labor mediadora que la Ley Orgánica del Poder Judicial le reconoce como propia en el artículo 456.3.c)²¹.

Para el cumplimiento de las funciones previstas en la Ley los Secretarios judiciales dictarán las resoluciones necesarias a ese fin, que pueden ser Diligencias o Decretos. Las resoluciones serán siempre motivadas y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes

20. Aclara la Exposición de motivos de la Ley 13/2009, que: *“La atribución de esas nuevas competencias a los Secretarios judiciales, sin que ello signifique que el Juez o Tribunal pierda la dirección del proceso (artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), implica la necesidad de articular un sistema de recursos que permita que el titular del órgano judicial, en determinados supuestos expresamente previstos a lo largo del articulado de las leyes procesales, pueda conocer del recurso interpuesto contra la resolución del Secretario judicial”*.

21. Respecto a esta competencia atribuida al Secretario judicial, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 (Apartado III dice que: *“Por lo que se refiere a la terminación del procedimiento, la idea que preside la reforma es que, en aquellos casos en que pueda ponerse fin al mismo como consecuencia de la falta de actividad de las partes o por haber llegado éstas a un acuerdo, pueda el Secretario judicial dictar decreto que ponga fin al procedimiento. Ello es así porque en estos casos se trata de convalidar lo que no es sino expresión de la voluntad de las partes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer contra el decreto del Secretario judicial a fin de que el titular del órgano judicial pueda revisar la resolución”*).

de hecho y los fundamentos de derecho en que se basen (art. 456 LOPJ). Véase sobre las funciones y actos procesales del Secretario Judicial el § 2.3 del Cap. VI.

El resto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia se agrupan dentro de los Cuerpos Generales y los Cuerpos Especiales.

La función de los primeros consiste en tareas de contenido procesal, sin perjuicio de la realización de funciones administrativas vinculadas a las anteriores. Son Cuerpos Generales: el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa. El Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa. El Cuerpo de Auxilio Judicial (arts. 476 a 478 LOPJ).

Las función de los Cuerpos Especiales consiste en el desempeño de funciones objeto de una profesión o titulación específica. Estos son los siguientes: el Cuerpo de Médicos Forenses. El Cuerpo de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. El Cuerpo de Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (arts. 479 y 480).

4.2.2. *El Fiscal. Abogados y Procuradores. La policía judicial.*

Finalmente, existen otras personas e instituciones que desarrollan su función en el ámbito de la función jurisdiccional. Estos son el Ministerio fiscal, los abogados. Procuradores y la policía judicial.

El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional que tiene por función promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a instancia de los interesados (arts. 124 CE, 541 LOPJ y 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/81, de 30 de diciembre). Se trata de un órgano del Estado integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial, que ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad —art. 124.2º CE y art. 2 EMF—²².

22. Debe resaltarse el carácter jerárquico y dependiente del Ministerio Fiscal, al frente del cual se encuentra el Fiscal General del Estado, que será nombrado por el

En todos los Juzgados y Tribunales habrá uno o varios representantes del MF, pero existirá una sola Fiscalía con un Jefe único, a cuyas directrices deberán someterse sus subordinados –arts. 12, 19 y 22 del Estatuto–. Esto es así puesto que el Ministerio Fiscal actúa conforme con el principio de “unidad de actuación”. Pero la sujeción y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal no obsta para que en su actuación deba actuar conforme al principio de imparcialidad con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 del EOMF)²³.

Los abogados son profesionales que ejercen el asesoramiento jurídico y/o la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos (art. 542 LOPJ). La denominación abogado es exclusiva y requiere la licenciatura en derecho o el título de grado que lo sustituye y el cumplimiento de aquellos requisitos establecidos en la Ley²⁴.

El abogado actúa con base en un contrato de arrendamiento de servicios de contenido típico por el cual asume la defensa técnica de la parte interesada en los procedimientos judiciales. En su actuación ante

Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial –art. 29 del Estatuto–. Al Fiscal General corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos que sirven para unificar los criterios de los Fiscales –art. 25 del Estatuto–.

23. En caso de que un Fiscal recibiera una orden que considerase contraria a las leyes, lo razonará a su Fiscal Jefe, mediante informe motivado. Si el superior la ratificase, lo expondrá razonadamente, y relevará a aquel de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto cuestionado –art. 27 del Estatuto–.

24. En el momento presente el acceso a la titulación profesional de abogado y procurador se regula en la Ley de acceso a la profesión 34/2006, que prevé que para acceder a la profesión será necesario superar la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por la ley. La formación referida tiene carácter oficial y reglada y se realiza a través de la realización de cursos de formación acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia. Estos cursos se realizarán en el marco de las enseñanzas de máster, que en momento presente se están diseñando y poniendo en funcionamiento en las Universidades públicas y privadas. Estos másteres se impartirán incluyendo un importante número de horas de formación práctica que se realizarán en despachos profesionales para lo que deben obtenerse los oportunos convenios con los colegios profesionales y escuelas de práctica jurídica. Véase sobre estas cuestiones los arts. 2 y ss. Ley 34/2006.

los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa²⁵.

En el proceso jurisdiccional, la regla general es que los litigantes sean dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. Se trata de una regla absoluta que únicamente se quiebra respecto a asuntos de muy escasa cuantía²⁶. La razón de esta obligatoriedad radica en el hecho de que el derecho a la asistencia letrada por abogado es uno de los contenidos esenciales del derecho a la defensa. Este derecho se reconoce en el art. 24.2º, y su efectivo cumplimiento en el proceso constituye una exigencia estructural de su propio desarrollo, en garantía del derecho a un juicio justo. Su finalidad consiste en asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, de modo que se eviten desequilibrios entre las partes actuantes en el proceso, o limitaciones en la defensa que causen indefensión. Es por ello que para garantizar la efectividad de este derecho no se admitirá a trámite ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado (arts. 31.1, 399.2 LEC).

Corresponde a las partes contratar los servicios del abogado que les hayan de representar y defender en juicio (art. 33.1 LEC). Abogado que deben retribuir las partes, a salvo de una posterior condena en costas de la parte contraria (véase Cap. 12). Pero, junto a esta regla general, y para evitar situaciones de desprotección de los ciudadanos por causa de no tener recursos para litigar, la Ley prevé que los ciudadanos puedan solicitar la designación de uno de oficio, cuya actuación será costeada por el Estado en caso de insuficiencia de recursos para litigar

25. “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos” (art. 542.3 LOPJ).

26. En el proceso civil quedan excluidos de la necesaria intervención de abogado los juicios verbales con una cuantía de hasta 900 Euros, petición inicial de los procesos monitorios y determinadas peticiones urgentes (art. 31 LEC). En el proceso penal es necesaria la asistencia e intervención de abogado desde la detención y durante todo el procedimiento penal. Únicamente no resulta necesario en el caso de los juicios de faltas (art. 967 LECrim).

conforme con lo previsto en el art. 119 CE y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996.

Los procuradores son profesionales que asumen la representación procesal técnica de las partes en el proceso. A ese efecto, comparecerán en el proceso en lugar y nombre de la parte a la que representan, salvo las excepciones previstas en la Ley. Así, quien comparece en el proceso no es la parte, ni siquiera sus representantes (voluntarios, necesarios o legales), sino el procurador. De este modo, el proceso se sigue sin que quien sea parte en él tenga necesidad de personarse físicamente en el Juzgado. Así se prevé en los arts. 23 y ss. LEC y 543 LOPJ, que dispone que la representación de las partes en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente al procurador de los tribunales habilitado legalmente para “actuar” en el tribunal que conozca del juicio. (Véase el Cap. 12).

La policía judicial se define no por la adscripción a un cuerpo policial o funcional concreto, sino por la función que desempeñan de auxiliar a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (art. 126 CE). A ese fin, son policía judicial, en tanto que sean requeridos al fin descrito, todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias (art. 547 LOPJ).

La función de policía judicial se complementa con las que son propias de los Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, como son las de protección de la seguridad ciudadana, a cuyo fin realizarán, por su propia iniciativa, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento del delito dando cuenta a la autoridad judicial directamente o a través de las unidades orgánicas de la Policía Judicial (arts. 282, 770 LECrim, 19 LO 1/1992, y 4 RD 769/1987). Precisamente, el proceso penal puede iniciarse mediante el atestado realizado por la policía en el ejercicio de las funciones que le atribuye la ley para la averiguación de los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación²⁷. De hecho,

27. El atestado constituye un escrito complejo en el que constará la relación circunstanciada del hecho, declaraciones, diligencias practicadas y todas las circunstancias observadas que pudiesen ser prueba o indicio del delito –art. 292 LECrim–.

este es el modo más frecuente de inicio del proceso penal²⁸. A ese fin, la policía practicará, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para la comprobación y descubrimiento de los delitos, que se harán constar en el atestado que entregará al Juez junto con los efectos, instrumentos o pruebas del delito²⁹.

5. COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES UBICADOS EN NAVARRA.

En Navarra, a pesar de contar con un régimen jurídico propio y diferenciado, la organización jurisdiccional viene determinada por las normas del Estado. A lo largo del siglo XIX, el mantenimiento por Navarra de sus instituciones y de su autonomía se encuentra vinculado con la alternancia que se produce entre los regímenes absolutista y liberal. La entrada en vigor de la Constitución de 1812 determinó la derogación tácita del régimen foral navarro por hallarse en contradicción con la idea de nación que en el texto citado se recogía; a partir de ella, no obstante, en aquellos intervalos en los que fue restaurado el absolutismo, se

28. Estas funciones le vienen atribuidas a la policía judicial en los arts. 547 y ss. LOPJ; y en la normativa específica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, establecida por LO 2/1986, de 13 de marzo, y RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, y LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana; así como en los arts. 282 y 769 y ss. LECrim. También actuarán realizando diligencias de prevención en el caso de ciertos delitos que precisan denuncia de partes: los relativos a la libertad sexual, o cuando intervengan menores. Igualmente en el supuesto de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, respecto a los que el art. 282.2 LECrim, modificado por la Ley 38/2002, dispone que aunque no exista denuncia, la policía judicial deberá practicar las diligencias de prevención necesarias para asegurar los elementos del delito. Se trata de posibilitar la persecución de la venta en la vía pública de bienes producidos con violación de aquellos derechos de propiedad ante la falta, la mayoría de las veces, de denuncia del perjudicado que desconocerá los hechos.

29. Debe señalarse la progresiva potenciación de las diligencias y actuaciones de la policía judicial que se constata en la Ley 38/2002, en la que se regulan estas actuaciones en los arts. 769 a 772 LECrim de aplicación al procedimiento abreviado, con precisiones de gran interés, como la referida al traslado del cadáver cuando se hallare en la vía pública o en la vía férrea restableciendo el servicio interrumpido, y dando cuenta de inmediato a la autoridad judicial (art. 770.4ª LECrim).

restituyó a Navarra su régimen foral. Esta intermitencia en el reconocimiento de los fueros navarros tuvo su terminación con ocasión de la primera guerra carlista. El Convenio de Vergara que dio fin al conflicto marcó un compromiso del General Espartero con vistas a respetar los regímenes forales, que se tradujo en la Ley de 1839, de confirmación de fueros³⁰. En esta norma, además de recoger expresamente la vigencia de los fueros correspondientes a Navarra y a las provincias Vascongadas, se determinó el propósito de proceder a su modificación cuando así lo exigiera el interés de las provincias mencionadas y siempre que ello pudiera conciliarse con el “*general de la nación y de la Constitución de la Monarquía*”. El propósito que mencionamos tuvo su traducción en la Ley Paccionada de 1841 en cuyo texto, en lo que afecta a la Administración de Justicia, se determinó la necesaria adecuación de Navarra a las disposiciones de tipo orgánico establecidas para los demás tribunales de la nación, así como la plena jurisdicción en su territorio del Tribunal Supremo como última instancia de la Administración de Justicia. Es decir, se impuso en Navarra la estructura judicial estatal, excluyendo las instituciones propias que, hasta ese momento, tenían atribuida la competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional³¹. A partir de

30. Ley de confirmación de fueros de 1839 “*Doña Isabel II por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas y durante su menor edad, la Reina Viuda doña Maria Cristina de Borbón, su Augusta Madre, como Reina Gobernadora del Reino, a todos los que la presente vieren y entendieren sabed: Que las Cortes han decretado y nos sancionado lo siguiente: Art. 1º. Se confirman los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía. Art. 2º. El Gobierno tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados Fueros reclame el interés de las mismas, conciliándolo con el general de la nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entretanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse dando cuenta de ello a las cortes.*

Por tanto mandamos a todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar, la presente Ley en todas partes. Tendréis lo entendido para cualquier cumplimiento y dispondréis se imprima, publique y circule. Yo la Reina Gobernadora. Esta rubricado de la real mano. En Palacio a 25 de Octubre de 1839”.

31. Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Artículo 2º: “*La Administración de Justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial, en los mismos términos*

este momento, y hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no se producen alteraciones que determinen una variación sustancial en la estructura orgánica de la Administración de Justicia en Navarra. La entrada en vigor de este texto constituyente, determinó la vigencia del régimen histórico navarro mediante las previsiones recogidas en su Disposición Adicional 1ª y su Disposición Derogatoria. Así, en la primera de ellas, consciente de la existencia de un régimen foral propio de determinadas Comunidades Autónomas, verifica la necesidad de respetar los derechos históricos y contempla como marco adecuado para su progresiva actualización aquel delimitado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Esta declaración, de carácter general, ampara la vigencia del régimen jurídico foral vigente en el momento de entrada en vigor del texto constituyente. Pero, por si había alguna duda, se ve concretada de forma específica en el caso de Navarra a través del contenido recogido en el apartado segundo de la Disposición Derogatoria. En él se establece la derogación expresa de la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, omitiendo cualquier referencia a la vigencia de esta norma en Navarra. Razón por la cual, “a sensu contrario”, se desprende un reconocimiento expreso por parte del constituyente de esta ley y de aquellas otras que, como consecuencia de ella, determinaban la existencia de un régimen jurídico diferenciado y específico.

Esta situación, marcada por las Leyes de 1839 y Paccionada de 1841, apenas varió cuando, tras la entrada en vigor de la Constitución, se procedió a la actualización del régimen foral mediante la Ley de Mejoramiento y Reintegración del Fuero de 1982, norma que dedica el

que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas en todas las provincias del Reino, se formen los códigos generales que deban regir en la Monarquía”. Artículo 3º: “La parte orgánica y de procedimiento será en todo conforme con lo establecido o que se establezca para los demás tribunales de la Nación, sujetándose a las variaciones que el Gobierno estime convenientes en lo sucesivo. Pero siempre deberá conservarse la Audiencia en la capital de la provincia”. Artículo 4º: “El Tribunal Supremo de Justicia tendrá sobre los tribunales de Navarra, y en los asuntos que en estos se ventilen, las mismas atribuciones y jurisdicción que ejerce sobre los demás del Reino, según las leyes vigentes o que en adelante se establezcan”.

capítulo tercero del libro primero a esta materia (arts. 59 a 63)³². En esta norma, por un lado, se hace referencia en el art. 61 a las competencias que corresponden a los órganos jurisdiccionales ubicados en Navarra, diferenciándolas según el orden al que pertenezcan. Si es el orden civil, abarca todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho Civil Foral de Navarra. En el orden penal y social, la competencia se extiende a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión. Y, por último, en el orden contencioso-administrativo, a todas las instancias y grados cuando se trate de actos dictados por la Administración Foral. Cuando se trate de actos dictados por la Administración del Estado en Navarra, se estará a lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

32. Comienza el texto con el reconocimiento de la necesaria existencia de un Tribunal Superior de Justicia como vértice de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Foral, órgano ante el que –sin perjuicio de la Jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo– se agotarán las sucesivas instancias procesales (art. 59). En consonancia con el art. 152 de la Constitución Española de 1978, titulado “Organización institucional autonómica” y cuyo apartado 1, párrafos segundo y tercero dice lo siguiente: “*Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquellas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de este. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*”. En el art. 62 hace referencia al nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios que deban prestar servicio en Navarra, así como a la designación del Tribunal Superior de Justicia. El primero se llevará a cabo de acuerdo a la forma prevista en la LOPJ y la LO del Consejo general del Poder Judicial; la segunda, por parte del Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. A su vez, el art. 63 establece que, a instancia de la Diputación, el órgano competente convocará, de acuerdo con lo que disponga la LOPJ, los concursos y oposiciones precisos para la provisión de vacantes de Magistrados, Jueces, Secretarios y restante personal al servicio de la Administración de Justicia que deba prestar servicio en Navarra. Teniendo en cuenta que en las pruebas selectivas será valorado específicamente el conocimiento del Derecho Civil Foral de Navarra, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o vecindad.

Por otra parte, en la Ley de Amejoramiento se establece en el art. 60 la competencia de Navarra para ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial atribuyan al Gobierno del Estado. Esta norma se ve desarrollada mediante la aprobación sucesiva de una serie de Decretos encargados de regular la forma y el contenido de estas transferencias. El Real decreto 2356/1984, de 19 de diciembre (RCL 1985, 35; ApNDL 10181), establece las normas reguladoras de la transferencia de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra. En él se determina la creación de una Junta de Transferencias encargada de adoptar los acuerdos relativos a la transferencia a Navarra de los servicios estatales relativos a las facultades y competencias que le corresponden conforme a la Ley de Amejoramiento y Reintegración del Fuero. Precisamente a través de los Reales Decretos 812/1999 y 813/1999, de 14 de mayo, se aprueban el Acuerdo de la Junta de Transferencias de 28 de abril de 1999 por el que se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de provisión de medios humanos, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia a la Comunidad Foral de Navarra.

6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional está regulado en los arts. 159 a 165 de la Constitución. No forma parte de la Administración de Justicia, en cuyo vértice se encuentra el Tribunal Supremo que, conforme con el art. 23.1 CE: “... *es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”. De este modo, si bien es cierto que la interpretación de las leyes ordinarias le corresponde en última instancia al TS, no lo es menos que al TC le corresponde el control de aquellas interpretaciones judiciales de las leyes que pudieran vulnerar un derecho fundamental. De modo que corresponde al Tribunal Constitucional conocer de todas las violaciones producidas contra los derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio del Estado y su funcionamiento se regula en la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre. Es competente para conocer de:

a) Recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Corresponde interponer estos recursos al Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores y los Gobiernos y Parlamentos Autonómicos.

b) Recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de esta Constitución. Cualquier ciudadano podrá acudir ante los Tribunales ordinarios a denunciar la infracción de algún derecho constitucional de los arts. 14 a 29 CE que se resolverá por medio de un procedimiento específico basado en los principios de preferencia y sumariedad. Caso de no ser la denuncia atendida por este cauce procesal, quedará abierta la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). En consecuencia, en materia de derechos y garantías constitucionales corresponderá al Tribunal Constitucional y no al Tribunal Supremo conocer en última instancia (art. 123.1 CE). También podrá interponerlo el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

c) Conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de las de estas entre sí. Las normas que regulan esta materia se encuentran en los arts. 50 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre.

d) Cuestiones de inconstitucionalidad. Se plantearán cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley aplicable al caso que está juzgando, pueda ser contraria a la Constitución.

7. LA JURISDICCIÓN Y OTRAS FUNCIONES DEL ESTADO. CONFLICTOS Y CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA.

La función jurisdiccional tiene por finalidad la actuación y efectividad del Derecho objetivo, lo que implica, las más de las veces, tutelar derechos subjetivos e intereses legítimos individuales. Ahora bien, esta no es una característica absolutamente diferenciadora de la Jurisdic-

ción, ya que también la Administración actúa el Derecho objetivo con su actividad en favor del bien común. Es por ello que resulta necesario deslindar la función jurisdiccional de las otras funciones atribuidas a la soberanía del Estado, es decir, de la función legislativa y de la función administrativa.

La diferenciación entre la Jurisdicción y la Legislación no ofrece especiales dificultades. El órgano legislativo crea el ordenamiento jurídico primario (la ley) y los órganos jurisdiccionales proceden con carácter secundario a aplicar la ley (mediante las resoluciones judiciales que procedan y, especialmente, con la sentencia).

En este sentido, es unánimemente admitido, al menos dentro de los sistemas jurídicos continentales, que el juez no crea el Derecho, sino que lo aplica; sin desconocer, claro está, que la propia aplicación implica una labor de integración del supuesto (especialmente cuando las normas establecen supuestos flexibles, como son los “standars” jurídicos) y, en algunos casos, incluso la determinación de las consecuencias que deben producirse (cuando la propia norma permite que el juez resuelva, acudiendo a la equidad).

No resulta tan fácil, en cambio, diferenciar Jurisdicción y Administración, pues ambas funciones se manifiestan como secundarias, frente a la función primaria, creadora, llevada a cabo por la Legislación.

No obstante, pueden hallarse criterios de diferenciación que permiten identificar las connotaciones que, en mayor medida, caracterizan a la Jurisdicción:

- Así, al prestar atención a la situación de subordinación de los órganos administrativos frente a la de coordinación de los órganos jurisdiccionales, se ha identificado la independencia como nota característica de la Jurisdicción. Entre el personal jurisdiccional y los funcionarios administrativos media todo el camino que hay entre la independencia en el ejercicio de la función y el sometimiento a las instrucciones y al criterio de otro.
- Cuando la Administración juzgam el objeto de su juicio son sus propios actos. En cambio, el juicio de la Jurisdicción versa sobre los actos de otros sujetos. Esta especial posición de los tribunales

frente a los litigios de los que conoce se denomina “ajenidad” y es una connotación específica de la Jurisdicción³³.

- Al observar la situación del juez frente a las partes, tan distinta de la del funcionario administrativo frente a los administrados, se identifica la imparcialidad como esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional.
- Por último, la irrevocabilidad, aunque no sea predicable de todas las resoluciones judiciales, constituye una característica exclusiva de la jurisdicción.

7.1. Conflictos de Jurisdicción.

Los conflictos de jurisdicción se producen entre diversos órganos del Estado cuando pretenden conocer de un mismo asunto por entender cada uno que es de su competencia. Se encuentran regulados en los arts. 38-41 LOPJ y en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Estos conflictos pueden darse entre:

a) *Un órgano jurisdiccional y un órgano de la Administración.*

Este grupo de conflictos los resuelve el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previsto en el art. 38 de la LOPJ, compuesto por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado. Actuará de Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo. La legitimación y el procedimiento vienen regulados en los arts. 1 y ss. de la citada LCJ.

Con el fin de evitar en la medida de lo posible estos conflictos, el art. 37 LEC ha establecido que tan pronto como un órgano de la jurisdicción civil estime que el asunto de que conoce corresponde a la

33. O “alienita”, como denominó originalmente CHIOVENDA a este concepto. Véase CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1940, II, pp. 11 y 12.

jurisdicción militar, o bien a una Administración Pública o al Tribunal de Cuentas, deberá abstenerse de conocer (arts. 37-38 LEC).

Los conflictos más frecuentes en este grupo son los que se producen entre los órganos de la Hacienda Pública y un juzgado ordinario, por motivo de algún embargo que ambos órganos han acordado practicar³⁴. Entre los Ayuntamientos y los tribunales de justicia. O entre la Seguridad Social y los tribunales civiles³⁵. También se producen frecuentes conflictos entre la Administración y la Jurisdicción penal con relación a la ejecución de las sentencias penales. El origen del conflicto se halla en la especial materia de ejecución penitenciaria en la que confluyen por una parte las competencias administrativas y, por otra, la competencia judicial para ejecutar las sentencias que conforme con el art. 117 CE corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan³⁶.

34. Véase, sobre este supuesto, la STS de 12 de marzo de 1993 (RJ 2268), que declaró que en estos casos se produce un conflicto de jurisdicción que debe ser resuelto por la Sala Especial a que se refiere el art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considerando que: *“al resolver un conflicto planteado entre un Juzgado de Primera Instancia y una Delegación de Hacienda lo hizo de acuerdo con la reiterada doctrina que, para el caso de conflictos entre embargos judiciales y administrativos, refirió la competencia para continuar el procedimiento de apremio a la autoridad que trabó el primer embargo, solución esta que, en todo caso, deberá ser adoptada, si procede, por el órgano competente, que es, como se ha dicho, la referida Sala Especial”*.

35. Véase, sobre este supuesto, la STS 22 de marzo de 2004 (RJ 2439), que conoció de un conflicto entre la administración de la seguridad social y los tribunales civiles por causa de la concurrencia de embargos administrativos.

36. Efectivamente, en esta materia confluyen la administración penitenciaria, el tribunal sentenciador y el Juez de vigilancia penitenciaria. Todos ellos con sus competencias respectivas que pueden solaparse y dar origen a conflictos de jurisdicción. Véase un ejemplo en la STS, Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 9 de julio de 1986 (RJ 4555), en la que se planteaba si el Juez de Vigilancia Penitenciaria podía o no acordar el cierre temporal de una determinada dependencia del Centro Penitenciario de Tarragona, en tanto no reuniera las mínimas condiciones higiénicas y de salubridad que permitiesen su habitabilidad sin grave riesgo para la salud de los internos. Competencia que afirmaba tener el Juez de Vigilancia y que la Generalidad de Cataluña negaba al entender que, caso de admitirla, resultarían invadidas y desconocidas sus competencias administrativas. En este concreto asunto el TS, que falló a favor de la competencia del órgano

- b) *Un órgano de cualquier orden jurisdiccional y un órgano de la jurisdicción militar.*

Se resolverán por una Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción, prevista en el art. 39 LOPJ, que estará compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, dos Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar. Actuará de Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo. Se regula el procedimiento en el art. 22 LCJ. Entre otros supuestos, suelen provocar estos conflictos los accidentes ocasionados por vehículos militares, hechos cometidos por militares que pueden ser constitutivos de delito, etc³⁷.

- c) *Un órgano de la jurisdicción militar y un órgano de la Administración.*

Regula estos conflictos el art. 30 LCJ, que remite en bloque a lo previsto para los conflictos entre un órgano jurisdiccional y un órgano de la Administración previstos en los arts. 1 y ss. LCJ. En consecuencia, resolverán estos conflictos el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previsto en el art. 38 de la LOPJ.

jurisdiccional, declaraba que: “*en el supuesto ahora considerado, lo administrativo y lo judicial se insertan directamente en una concepción legal unitaria del régimen penitenciario, lo que conduce a la necesaria articulación de las respectivas funciones, a partir de la aceptación de su inicial concurrencia para la consecución de los objetivos penitenciarios confesadamente pretendidos. Esta singularidad es, desde luego, potencialmente generadora de conflictos de jurisdicción, como consecuencia lógica de la propia realidad del sistema penitenciario en el que, bajo la dirección, organización e inspección cooperativas de la Administración, se lleva a efecto la ejecución de decisiones jurisdiccionales, respecto de las que no cabe el desentendimiento o la inhibición de los órganos judiciales*”.

37. Un supuesto de esta clase se contiene en la STS de 3 de octubre de 2003 (RAJ 7888), en que conoció de un asunto en el que se había admitido una querrela por la muerte de un militar acaecida en un establecimiento militar. Sobre este supuesto, el TS declaró la competencia de la Jurisdicción militar por aplicación de las normas legales en esta materia: “*la jurisdicción militar española será competente para conocer de todos los delitos tipificados en la legislación española, siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas*”.

d) *Un órgano de la jurisdicción contable y un órgano de la Administración.*

Son resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previsto en el art. 38 de la LOPJ, según la remisión que efectúa el art. 31 LCJ.

e) *Un órgano de la jurisdicción contable y un órgano de la jurisdicción militar.*

Se resolverán por la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción, prevista en el art. 39 LOPJ, por remisión expresa del art. 31 LCJ.

7.2. Conflictos de Competencia.

Los conflictos de competencia se producen cuando Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, pero integrados en la jurisdicción ordinaria (civil, penal, contencioso-administrativa o social), pretendan conocer de un mismo asunto.

Estos conflictos serán resueltos por una Sala Especial del Tribunal Supremo, prevista en el art. 42 LOPJ, que estará compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto. Actuará de Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

Los conflictos de competencia, conforme al art. 43 LOPJ, podrán ser positivos si ambos órganos pretenden conocer y se tramitarán por medio del procedimiento previsto en los arts. 43-49; o negativos si ninguno de ellos quisiera conocer, que se tramitarán por el procedimiento del art. 50 LOPJ. Podrán plantearse de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal. Será necesario que el proceso no se encuentre concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo.

Se ha previsto en los arts. 37.2 y 38 LEC la abstención de oficio de los tribunales civiles a los efectos de evitar posibles conflictos. También permite el art. 39 LEC que el demandado pueda denunciar la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional mediante declinatoria. En este caso, el conflicto surgirá cuando al final existan dos órganos que no quieran conocer de un determinado asunto.

No se podrán plantear conflictos de competencia a los órganos de la jurisdicción penal, ya que ésta será siempre preferente (art.44 LOPJ). El procedimiento que debe seguirse para la tramitación de estos conflictos se encuentra regulado en los arts. 45-50 LOPJ.

Entre otros supuestos, suelen dar origen a estos conflictos los contratos sobre prestación de servicios profesionales, al poder considerarse como contratos civiles o de carácter laboral. Por otra parte, se considera propia del orden social la materia relacionada con accidentes laborales cuando se hayan infringido normas de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo. También es frecuente el conflicto entre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Social³⁸; o también con la jurisdicción civil. En este punto, la nueva redacción del art. 9.4.2 LOPJ que atribuye competencia a la Jurisdicción C/A para conocer de los procesos de responsabilidad patrimonial en que sea demandada la Administración junto con algún particular, ha contribuido a suprimir una frecuente fuente de conflicto entre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Civil.

Esta norma se introdujo en la reforma de la LOPJ por LO 19/2003, a fin de unificar el criterio en esta materia. El problema se planteaba ante la petición de responsabilidad, por un suceso dañoso, frente a la administración y un tercero, generalmente la aseguradora. En esos casos, la regla general era atribuir competencia a la jurisdicción civil, aunque se producían resoluciones contradictorias con relación al orden jurisdiccional competente, ya que interpuesta la demanda ante un tribunal civil o contencioso, se solía aplicar el “favor hacia la propia jurisdicción”.

No obstante, siguen existiendo frecuentes conflictos de competencia entre los tribunales de lo contencioso y los civiles. Un ejemplo se halla en los supuestos de los litigios en los que se hallan implicadas las

38. En esta materia se plantean distintos tipos de asunto. Por ejemplo, en materia de reconocimiento o calificación del grado de minusvalía, para lo que el TS declara que es competente la Jurisdicción social (STS 19 de diciembre de 2002 [RJ 7160]). O en materia de reclamación de responsabilidad por lesiones sufridas por los trabajadores de la administración sujetos al régimen laboral. Supuesto para el cual, el TS declara competente la jurisdicción social (STS de 10 de abril de 2003 [RJ 8550]).

Juntas de compensación, entidades cuya naturaleza jurídica resulta de difícil caracterización³⁹.

7.3. Cuestiones de Competencia.

Las cuestiones de competencia surgirán cuando Jueces y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional pretendan conocer de un mismo asunto. En la resolución en que se declare la falta de competencia, se expresará el órgano que se considere competente (art. 51 LOPJ). Este conflicto vendrá, normalmente, relacionado con la competencia territorial del órgano llamado a resolver.

No podrán suscitarse este tipo de cuestiones entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, en cuyo caso el superior jerárquico fijará, sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 52 LOPJ).

Los trámites a seguir se regulan en la Ley de Enjuiciamiento Civil –arts. 63 y ss.–, que son los previstos para la declinatoria (véase en Leción 9, el tratamiento procesal de la jurisdicción y competencia).

39. Un supuesto de esta clase es el que se contiene en la STS 10 de julio de 2003 (RJ 8843), en el que se produjo un conflicto de competencia negativo al negar el conocimiento del asunto tanto los tribunales de lo contencioso como los civiles. Sobre esta cuestión, el TS entendió que correspondía conocer del asunto a la jurisdicción contenciosa al considerar que el contrato del que se pretendía el cumplimiento tenía naturaleza claramente administrativa.

CAPÍTULO 3

PRINCIPIOS Y FORMAS DEL PROCESO

1. INTRODUCCIÓN.

El proceso jurisdiccional es una sucesión reglada de actos resultado de una constante evolución política y social conformada por el derecho de una determinada manera. Es evidente que, históricamente, el proceso ha ido evolucionando y que aún hoy día existen grandes diferencias entre el proceso regulado en los Estados democráticos y otros regímenes. Los procesos son diversos entre sí porque diversos son los principios que los informan, y estos (los principios) dependen de la finalidad que con el concreto proceso pretenda alcanzar el Legislador. El proceso no debe estar informado, únicamente, por la consecución de determinados fines: v.g. a la obtención de justicia; sino que debe buscar la justicia en su propia estructura jurídica¹. De este modo, la búsqueda legítima del castigo del culpable mediante un proceso penal debe producirse con pleno respeto a los derechos y garantías del sometido a ese proceso. O en un proceso civil, las partes deben tener las mismas oportunidades de alegar y probar en pleno pie de igualdad, sin que el Juez pueda de oficio favorecer a otra parte en el proceso por cualquier clase de razón.

1. Si así fuera, cabría utilizar cualquier medio de investigación para conseguir la confesión del imputado en un proceso penal. O en un proceso civil cabría, por ejemplo, dictar sentencia según criterios absolutos de justicia: por ejemplo, favorecer en el proceso a la parte más débil o más fuerte, por ejemplo desde el punto de vista económico o social.

De lo que acaba de exponerse se deduce que el legislador democrático no tiene libertad absoluta para configurar el proceso. Este debe estar informado por unos determinados principios que responden a la necesidad de garantizar la eficacia del proceso en un marco adecuado para la correcta administración de justicia.

Entre los principios del proceso es preciso destacar: 1) Los principios jurídico-naturales que el Legislador no puede desconocer al regular un proceso concreto, si no es a riesgo de desnaturalizar el referido proceso y convertirlo en una cobertura formal —y pretendidamente honorable— de intereses distintos del de realización de la justicia. Estos principios esenciales o inmanentes a todo proceso son el principio de audiencia y el principio de igualdad. 2) Los principios técnicos, que son fundamentalmente: el principio dispositivo y el de oficialidad de la acción, el de aportación de parte y el de investigación de oficio. Estos son principios contingentes que pueden informar o no un sistema procesal en virtud de cual sean los fines perseguidos, la naturaleza de las pretensiones debatidas, etc.

2. PRINCIPIOS JURÍDICO-NATURALES DEL PROCESO: PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Los principios de audiencia e igualdad son consustanciales al proceso y deben informar las normas procesales, para que pueda hablarse de un proceso en el sentido jurídico-filosófico del término. Con ello quiere decirse que pueden existir procedimientos, judiciales o no, reglados con base en normas técnicas que, sin embargo, no pueden denominarse proceso si no respetan los principios consustanciales de todo proceso: audiencia e igualdad. Estos principios tienen carácter técnico y de ese modo se manifiestan en la regulación de las normas procesales. También tienen un fundamento filosófico, ya que los principios procesales de audiencia e igualdad se asocian a la evolución de la ciencia, la filosofía y el constitucionalismo que dio lugar al Estado de derecho.

Los principios de audiencia e igualdad son dos principios generales del Derecho Procesal que deben ser: tenidos en cuenta por el Legisla-

dor y observados sin excepción alguna por los Tribunales de Justicia. Estos principios, en la medida en que, además de esenciales, son constitucionales sirven como guía segura para la interpretación de aquellos preceptos dudosos o para llenar las lagunas dejadas por el Legislador: cualquier interpretación de un concreto precepto positivo de contenido dudoso debe hacerse del modo más conciliable posible con los principios de audiencia y de igualdad.

Se trata de principios que, al entenderse imprescindibles para otorgar la tutela jurisdiccional mediante el proceso, son proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y otros Tratados ratificados por España (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966), y que, al haberse incorporado en nuestra Constitución de 1978, son objeto de protección por el TC mediante recurso de amparo.

La infracción de los principios de audiencia e igualdad conlleva la nulidad de pleno derecho de los actos procesales afectados, siempre que se haya producido efectiva indefensión, conforme con los arts. 238.1.3 LOPJ y 225 LEC (véase, sobre la nulidad de los actos procesales, la Lección 6ª). La declaración de nulidad se podrá producir de oficio o a instancia de parte legítima. Es decir, aquella a la que perjudique la resolución afectada de nulidad.

Un supuesto frecuente es aquel en el que la resolución judicial afecta, directa o indirectamente, a un tercero que no fue parte en el proceso y que, por tanto, no fue oído. En este caso, si la afectación al tercero es directa, no cabe duda de que la relación procesal se constituyó irregularmente y el Juez debió abstenerse de entrar en el fondo del asunto. Esto es así por cuanto el principio de audiencia determina la necesidad de oír en el proceso a todos aquellos a los que puede afectar la resolución que se dicte. Dicho de otro modo, nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. En este caso, si el vicio no fue percibido y se dictó sentencia en ausencia de un tercero con interés directo, le cabe a la parte solicitar la nulidad de la resolución por infracción del principio de audiencia, con base en los arts. 238 LOPJ y 225 LEC.

2.1. El principio de audiencia.

La definición clásica del principio de audiencia es la que ofrece el conocido aforismo que establece que: “Nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”. Las expresiones “audiatur et altera pars” o “nemo inauditus damnare potest”, son formulaciones clásicas de este principio, que establece que todo litigante tiene derecho a ser oído en el proceso, ya que en caso contrario, no se habrá respetado el derecho de audiencia y no podrá afectarle la condena que pudiera dictarse.

A este fin, el tribunal deberá notificar, de modo efectivo, al demandado la pendencia del proceso y sus sucesivas incidencias. Es decir, debe darse al demandado la oportunidad de ser oído en el proceso compareciendo y alegando lo que convenga a su defensa. Ahora bien, lo que el derecho de audiencia exige y se ofrece al demandado es la oportunidad, que no la obligación, de comparecer y ser tenido por parte en el proceso para alegar lo que convenga a su defensa y de aportar y practicar prueba sobre ello.

A los efectos de garantizar el derecho de audiencia del demandado, resulta esencial que en la primera comunicación con el demandado se le notifique de la pendencia del proceso y de su derecho a comparecer. Este primer acto procesal de comunicación (emplazamiento o citación) debe practicarse de modo efectivo y fehaciente para que garantice el derecho de tutela judicial efectivo de su destinatario (Véase sobre la citación, y en general sobre los actos de comunicación con las partes, la Lección 7).

Una vez notificado el demandado de la existencia del proceso, su comparecencia depende de su voluntad. Si, notificado, no quiere hacer uso de su derecho a comparecer y ser oído, el proceso civil puede continuar en rebeldía (véase sobre las conductas posibles del demandado frente a la demanda, el Cap. 20 en el Volumen II). No puede alegar indefensión por infracción del principio de audiencia el litigante que teniendo oportunidad para ello no utilizó las posibilidades de alegación y defensa y, por tanto, debe correr con las consecuencias de su inactividad.

Finalmente, cabe realizar dos precisiones. En primer lugar, el derecho a ser oído, lo es en el tiempo y forma establecido en las normas procesales. Es decir, el litigante no tiene un derecho ilimitado e incondicio-

nal a alegar y probar, sino limitado a lo acordado por el Juez conforme con la ley procesal. En segundo lugar, el principio de audiencia no se conculca por la aplicación de determinadas normas procesales que difieren su aplicación. V.g. en el proceso de ejecución en el que se despacha ejecución “inaudita parte debitoris” (arts. 548 y ss. LEC); o cuando se adoptan medidas cautelares sin audiencia del demandado. o “inaudita parte”. Estos supuestos obedecen a razones de carácter técnico que, de no observarse, pondrían en peligro la eficacia del procedimiento, razón por la que la ley difiere la audiencia del ejecutado o demandado a un momento posterior. Véase, sobre el derecho de audiencia, el § 1.3, Cap. IV.

2.2. El principio de igualdad.

El principio de igualdad garantiza que las partes –incluidas todas las personas físicas o jurídicas que en cada caso integren las posiciones fundamentales de actor y demandado– tengan las mismas posibilidades de ataque y de defensa; y que estas no sean coartadas por el Juez en el concreto proceso o por normas legales que impongan obligaciones o cargas desiguales.

Los tribunales de justicia están obligados a aplicar las normas procesales de manera igualitaria, de modo que se garantice a todas las partes la oportunidad de defender sus respectivas posiciones procesales, sin que pueda admitirse trato favorable a ninguna de ellas.

El principio de igualdad puede apreciarse en la LEC, que prevé trámites sucesivos y equivalentes de alegación y prueba. Así, tras la demanda se sucede la contestación y si el demandado reconviene el demandante tiene derecho a contestar la reconvención (arts. 399, 405, 407 LEC); tras el interrogatorio del testigo por la parte que lo propuso, se sucede el del resto de partes personadas (arts. 305 y 306 LEC); etc. Ello sin perjuicio de la aplicación de normas procesales que prevean un tratamiento procesal distinto, precisamente, para garantizar la igualdad y equilibrio de las partes en el proceso. Por ejemplo, la adopción de una medida cautelar requiere la prestación de caución (art. 737 LEC).

El principio de igualdad de las partes en proceso es un principio estrictamente procesal, que debemos distinguir del derecho a la igualdad

que garantiza el art. 14 CE. Tampoco puede identificarse con el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por parte de los órganos jurisdiccionales. Este principio no garantiza que la resolución que se dicte en un proceso sea idéntica a otra dictada en proceso equivalente, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva, del que se deriva el derecho a la igualdad en el proceso, se satisface cuando se obtiene una respuesta fundada en derecho justificando, en su caso, el cambio de criterio.

Ello no impide que cuando las cuestiones planteadas son idénticas, o no hay al menos entre ellas diferencias relevantes, la respuesta judicial haya de ser siempre la misma, con base en el principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales. Este principio persigue evitar cambios de criterio irreflexivos o arbitrarios, pero no aquellos determinados por la aplicación de la ley conforme a la variable realidad social. Se vulnera el principio de igualdad cuando el mismo órgano jurisdiccional dicta resoluciones desiguales sin motivación suficiente del cambio de criterio. En cualquier caso, la resolución que se oponga a doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo o de forma contradictoria con otras resoluciones de las Audiencias Provinciales puede fundamentar un recurso de casación por infracción de ley con base en la existencia de interés casacional (art. 477 LEC. Véase Lección 29).

3. PRINCIPIOS JURÍDICO-TÉCNICOS: PRINCIPIO DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD E INVESTIGACIÓN.

Los principios jurídico-técnicos determinan la “organización” del proceso, su constitución formal y los requisitos a que se somete el derecho a la tutela solicitada. Se trata de principios de carácter técnico que el Legislador introduce en la regulación de los procesos en función de distintos criterios. Por ejemplo, la finalidad que con ese proceso pretenda, la naturaleza (pública o privada) de los derechos que constituyan el objeto del proceso, etc.

Sobre este particular, el TC ha reconocido la libertad del Legislador para ordenar el proceso y el sistema de recursos. Incluso para exigir, dentro del mismo, el cumplimiento por el recurrente de determinados requisitos o formalidades que, si bien se trata de cuestiones de impor-

tancia, las formas procesales que estructuran un proceso o un recurso no constituyen una cuestión de alcance constitucional (véanse SSTC 74/1983, de 30 de julio; 79/1986, de 16 de junio).

Estos principios concretan básicamente quien puede iniciar el proceso (con independencia de a quién corresponde, una vez iniciado, instar su prosecución); cómo se delimita la materia que ha de ser objeto del proceso (“res de qua agitur”), y quién puede, una vez comenzado el proceso, realizar con eficacia actos de disposición sobre la materia deducida en juicio; y finalmente, otras cuestiones, como la petición y carga de la prueba o los recursos previstos frente a las resoluciones judiciales.

Si en un determinado proceso, las anteriores facultades —y sus correspondientes cargas— se encomiendan en exclusiva a quienes son partes litigantes, el proceso está regido por los principios “dispositivo” y de “aportación de parte”, ambos de claro corte liberal y previstos para que los Jueces otorguen solo aquellas tutelas jurídicas que expresamente pidan los particulares. Si, por el contrario, las anteriores facultades se encomiendan también al Juez o a un órgano público (además de a las partes), el proceso de que se trate está regido por los principios de “oficialidad de la acción” y de “investigación de oficio”.

Estos principios técnicos suelen ser incompatibles entre sí. O rige el dispositivo o rige el de oficialidad de la acción. Y, además, suelen aparecer emparejados: cuando rige el principio dispositivo, rige también el de aportación de parte; cuando rige el principio de oficialidad de la acción, rige también el de investigación de oficio. En el proceso penal rige el principio de oficialidad y de investigación de oficio. En el proceso civil, el principio dispositivo y de aportación de parte.

Ahora bien, la LEC también regula procesos civiles que no están informados, plenamente, por el principio dispositivo, sino por el principio de oficialidad. Así sucede en el caso de los procesos especiales regulados en los arts. 748 y ss. LEC, a los que son de aplicación normas especiales que permiten, en determinados supuestos, el inicio de oficio del proceso que puede comenzar sin la voluntad de quienes son titulares de la relación jurídica material y, en ocasiones, incluso en contra de su voluntad (v.g. en los llamados procesos sobre el estado civil y condición de las personas y, en concreto donde la acción para pedir la nulidad de matrimonio corresponde, además de a los cónyuges, al Ministerio

Fiscal y cualquier persona que tenga interés legítimo en su disolución (arts. 74 CC y 749 LEC). Además, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, que superan el marco del derecho e interés privado, el objeto del proceso es indisponible y el Juez puede acordar de oficio la práctica de prueba (arts. 751 y 752 LEC).

También sucede que en el proceso penal se regulan procesos especiales regidos por normas en las que el principio de oficialidad cede frente al principio dispositivo. Por ejemplo, en el caso del procedimiento especial por injurias y calumnias, en el que se sustancian delitos que se denominan “delitos privados”, o en el juicio de faltas en el caso de las que no afectan al orden público. Finalmente, en otros procesos, civiles o penales, pueden darse parcialmente rasgos de uno y otro; esto es, que regido un proceso por el principio dispositivo, se excluya toda investigación de oficio, o que regido un proceso por el principio de oficialidad, se prescinda del principio de aportación de parte.

3.1. El principio dispositivo.

Cuando la facultad de iniciar el proceso, de determinar su objeto y de realizar con eficacia actos de disposición está concedida a las partes, el proceso, se dice, está regido por el principio dispositivo (llamado también entre nosotros, principio de rogación o “de justicia rogada”).

El principio dispositivo es el equivalente procesal al principio de autonomía de la voluntad, que rige en el ámbito del derecho privado (arts. 1255 CC). Conforme con este principio, los particulares pueden ordenar libremente sus relaciones jurídicas siempre que no colisionen contra alguno de los pocos preceptos de “ius cogens” contenidos en nuestras Leyes civiles. Es decir, los ciudadanos pueden negociar tanto a título lucrativo (comprar, vender, contratar un préstamo o un depósito remunerado), o gratuito (donar, hacer testamento, etc.). Asimismo, pueden exigir los derechos de los que son titulares, o bien cederlos a título gratuito o renunciar a ellos. Siendo así en el derecho sustantivo, resulta lógico que corresponda al interesado exigir en los tribunales los derechos de los que afirme ser titular, o bien renunciar o desistir de hacerlo, sin que los Tribunales de justicia puedan de oficio intervenir en estas cuestiones por afectar a derechos de carácter privado. Además, es

el litigante el que delimita el contenido del proceso, que versará sobre lo efectivamente pedido en juicio sin que la sentencia que ponga fin al proceso pueda dar más o cosa distinta de lo pedido en la demanda, conforme con el principio de congruencia procesal.

El principio dispositivo rige, como regla, en el proceso civil y se manifiesta, fundamentalmente, en las siguientes reglas:

1ª) No hay Juez sin actor (“Nemo iudex sine actore”) que interponga una demanda en la que solicite al Juez que le conceda una tutela determinada (“ne procedat iudex ex officio”) (arts. 216 y 399 LEC).

El Juez en ningún caso puede comenzar de oficio un proceso civil. Pero tampoco puede inadmitir una demanda por muy disparatada que pueda parecer la petición del actor y por poco fundadas que le parezcan sus afirmaciones, siempre que la demanda observe y contenga los presupuestos procesales (art. 401.1 LEC). A saber, las normas de jurisdicción y competencia, de postulación, etc. Por tanto, si el actor presenta una demanda, y concurren los presupuestos procesales, el Juez debe, como regla, admitirla y darle curso emplazando al demandado, por muy infundada que le parezca (y salvo que estime que la demanda se hace con manifiesto abuso de derecho o con fraude de Ley o procesal –art. 11. 2 LOPJ–). Solo en casos muy determinados permite la Ley rechazar la demanda “a limine” por motivos de carácter procesal (véase el art. 403 LEC que prevé determinados casos, excepcionales, de inadmisión de la demanda; art. 596 LEC –relativo a la tercería de dominio–, o art. 767 LEC respecto al proceso de filiación).

2ª) Las partes disponen del objeto del proceso.

Las partes tienen la facultad de determinar lo que ha de ser la materia objeto del proceso (“ne eat iudex ultra petita partium”). El actor no solo tiene la facultad de decidir si, en absoluto, va a ejercitar su derecho; puede decidir también la forma y el alcance con que desea ejercitarlo (art. 216 LEC).

Si el actor tiene derecho a 100 y pide solo 80, el Ordenamiento nada tiene que objetar. Si tiene derecho a pedir 100 más los intereses y nada pide de intereses, al Ordenamiento le es indiferente. Y lo mismo cabe decir en cuanto al tipo de tutela que el actor solicita. Si pide que se declare su condición de propietario, el Juez no puede, además de realizar esta declaración, condenar al demandado a que entregue la posesión

de cierta finca. La facultad de determinar lo que ha de ser objeto del proceso corresponde, en principio, al actor. En este sentido, se dice que el actor es el “dominus litis”. Pero también puede corresponder al demandado, si ejercita reconvencción. Aunque en ese caso, el demandado se convierte, por mor de la reconvencción, en demandante.

El poder de las partes sobre el objeto del litigio no se agota en su determinación inicial. El actor sigue siendo durante todo el proceso el “dominus litis” y tiene facultad de disposición sobre el derecho material deducido en juicio durante todo el proceso e, incluso, durante la ejecución de la sentencia. Por su parte, el demandado puede allanarse a la demanda, lo que producirá la terminación del proceso.

A la facultad de las partes de delimitar el objeto del litigio, corresponde la obligación de los Jueces de adecuarse estrictamente a las peticiones contenidas en los correspondientes escritos. A esta necesidad de adecuación entre lo pedido y lo concedido se llama congruencia (véase Lección 25). El Juez no puede dar ni más de lo pedido, ni cosa distinta de la pedida, ni siquiera puede dejar de pronunciarse, para acogerlas o rechazarlas sobre las peticiones oportunamente deducidas por las partes. Aunque esta obligación ha de entenderse referida al fallo sobre el fondo —no al enjuiciamiento de los presupuestos procesales, controlables de oficio—. Además, el juzgador puede basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes, siempre que se atenga al contenido de la pretensión y de la “causa petendi” y, naturalmente, siempre que se atenga al examen de los hechos que se consideren probados (art. 218 LEC).

3.2. Principio de aportación de parte.

Son las partes las que aportan los hechos al proceso (principio de aportación de parte) y tienen la carga de la prueba (arts. 216, 217 y 282 LEC).

El principio de aportación de parte se asocia directamente al principio dispositivo del que es una concreción. Conforme con el principio de aportación de parte, corresponde a los litigantes la alegación y prueba de los hechos en el proceso, lo que es concordante con el principio

dispositivo (“Da mihi factum dabo tibi ius”; “iudex iudicet secundum allegata et probata partium”).

Las partes tienen la carga de la alegación y prueba de los hechos, de modo que el Juez no puede, de oficio, incorporar al proceso y basar su resolución en otros hechos que los alegados por las partes, aunque los pudiera conocer privadamente. Los hechos no alegados por las partes no existen para el Juez: “Quod non est in actis non est in mundo”. Por otra parte, el Juez no puede dejar de tener en cuenta aquellos hechos que han sido alegados y admitidos por las partes, con independencia de su particular convencimiento. Es decir, que admitido un hecho por la parte a quien perjudique su prueba, el Juez debe tenerlo por cierto, atribuyéndole la consecuencia jurídica pertinente. A salvo de fraudes de ley o de derecho.

Ahora bien, la calificación jurídica de los hechos puede —y debe— hacerla el Juez sin auxilio de las partes. El Juez, se dice, “conoce el Derecho” (“iura novit curia”). Esto no quiere decir que la LEC condene a las partes a guardar silencio en lo referente a los preceptos legales que son aplicables. Al contrario, las partes deben fundamentar en derecho sus pretensiones. Así lo establecen los arts. 399 y 405 LEC respecto al contenido de la demanda y la contestación. Y, en realidad, es de sumo interés de las partes fundamentar detalladamente las normas de Derecho y de la Jurisprudencia que abonan la conclusión jurídica que a cada uno interesa. No obstante, lo decisivo es que el Juez no está ligado a las afirmaciones jurídicas de las partes y puede calificar los hechos de forma distinta a como estas lo hacen.

3.3. El principio de oficialidad y de investigación de oficio.

El principio de oficialidad introduce en el proceso criterios de orden público que determinan que el proceso pueda iniciarse o finalizar con independencia de la voluntad de las partes. En los procesos regidos por este principio, los interesados también pueden intervenir como parte, pero no pueden disponer del proceso en tanto que no disponen de la acción.

Así sucede en el proceso penal en el que la acción penal es pública, de modo que en caso de delito se iniciará el proceso penal, ya sea de

oficio, o por denuncia o querrela, con independencia de la voluntad del perjudicado. Sin perjuicio de los supuestos en que se exige, como presupuesto de procedibilidad, la denuncia o querrela del ofendido (vid. Lección 50)². En el proceso penal basta que la “notitia criminis” llegue a conocimiento del juez instructor para que este proceda a la averiguación del hecho y de la persona inculpada –art. 303 LECrim.–, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la incoación de la causa (art. 308 LECrim)³.

2. Dentro de los delitos perseguibles solo a instancia de parte, cabe distinguir entre:

1) delitos perseguibles solo si media querrela del ofendido (delitos de descubrimiento y revelación de secretos, salvo en los supuestos del art. 198 CP o cuando afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas –art. 201 CP–; los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones de pesetas –art. 267.1 CP– o los daños en cosas compradas a plazos –art. 12 Ley Venta a Plazos de 17 enero 1965–; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o a los consumidores, salvo cuando la comisión del ilícito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas –art. 287 CP–); y

2) delitos perseguibles previa denuncia del perjudicado. Dentro de este segundo grupo, cabe diferenciar aquellos en los que resulta necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (arts. 201 y 267 CP), y los delitos en los que junto a la denuncia del ofendido cabe también la querrela del Ministerio Fiscal. Este el supuesto de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191.1 CP). Estos últimos ilícitos se denominan, según el Tribunal Supremo, delitos semipúblicos.

Finalmente, el Código Penal regula los denominados delitos privados, que son delitos de escasa incidencia en el orden social, aunque con posibles graves efectos para los sujetos privados (calumnia e injuria, de conformidad con el art. 215 CP). En estos supuestos, el proceso sólo podrá iniciarse a petición de parte, facultad que opera como condición de procedibilidad.

3. El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional al que el art. 124 CE encomienda la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a instancia de los interesados. De igual modo se pronuncia el art. 541 LOPJ y art. 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/81, de 30 de diciembre. Se trata de un órgano del Estado integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial, que ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad –art. 124.2º CE y art. 2 EMF–. **En el proceso penal, el Ministerio Fiscal ejercita la acción pública penal formulando acusación y solicitando la imposición de penas al acusado.** Esta función debe estar presidida por el principio de legalidad,

En los procesos regidos por el principio de oficialidad también rige, en mayor o menor medida, el de investigación de oficio, que determina que el Juez no queda vinculado por las diligencias propuestas por las partes. Así se desprende de los arts. 299, 315 y 777.1 LECrim, en los que se faculta al Juez instructor para que acuerde de oficio la práctica de cuantas diligencias entienda que son necesarias para la averiguación de los hechos. Sin perjuicio de que las partes puedan solicitar la práctica de cuantos actos o diligencias considere adecuados a su defensa.

El principio de oficialidad rige, plenamente, en el proceso penal, pero también resulta de aplicación el principio de oficialidad e investigación de oficio en los procesos civiles sobre el estado civil y condición de las personas. En estos, aun siendo procesos civiles regulados en la LEC, las partes no disponen del objeto del litigio; se prohíbe el allanamiento, la transacción, etc., el Juez puede acordar la práctica de cualquier medio de prueba, etc. (arts. 748 a 755 LEC). La razón de esta especialidad se halla en la naturaleza de los derechos debatidos que no solo interesan a los litigantes, sino también al conjunto de la sociedad. De ahí que los procesos de filiación vengan a estar regidos por el principio inquisitivo y por la búsqueda de la llamada “verdad material”.

4. LA FORMAS DEL PROCESO: FORMA CONTRADICTORIA Y FORMA INQUISITIVA.

Frente a los principios, que son las ideas, las máximas inspiradoras, surgen las formas, que son la expresión externa de los principios, y que configuran, por tanto, la estructura del proceso. De la aplicación de los principios jurídico naturales y técnicos al proceso, resultan básicamente dos formas procesales: la contradictoria y la inquisitiva. En su origen, estas formas se identificarían con el proceso civil y penal, conforme con el siguiente planteamiento: de la aplicación del principio dispositivo y

velando tanto por la protección de los derechos de la víctima como por el respeto de las garantías procesales del imputado (art. 773 LECrim), debiendo consignar en sus conclusiones tanto las circunstancias adversas como las favorables al presunto culpable (art. 3 LECrim).

de aportación de parte, resulta la forma contradictoria propia del proceso civil; de la aplicación del principio de oficialidad e investigación de oficio, resulta la forma inquisitiva propia del proceso penal. En cualquier caso, siempre con aplicación del principio de audiencia e igualdad.

Cuando rige la forma contradictoria, el proceso se configuraría como una contienda entre partes que, en pie de igualdad, esgrimen sus argumentos, alegan los hechos que les parecen oportunos y proponen y practican prueba sobre ellos. Cada parte, se dice, exaspera uno de los términos de la duda. El Juez asume, así, una posición supraordenada e imparcial y resuelve según el resultado que produzca la confrontación jurídica de las partes.

Los rasgos que caracterizan a la forma inquisitiva, en un proceso inspirado plenamente en aquella son los siguientes: a) El órgano jurisdiccional actúa “ex officio”, concentrando las funciones acusadora, defensora y juzgadora. b) Predomina un criterio contrario al “favor libertatis” del imputado, es decir, prevalece una idea de privación de libertad contra el acusado durante todo el desarrollo del proceso. c) El proceso es secreto y no se admite la contradicción del acusado. d) Predomina la forma escrita y la valoración de la prueba viene tasada en la ley, debiendo ser esta aportada por el Juez mediante la investigación de oficio. e) No existe juicio oral, pero se admite la doble instancia⁴.

4. Aunque es contestada la existencia de un sistema inquisitivo como forma de perseguir las conductas delictivas, ya que se no constituye un verdadero proceso al no existir confrontación e igualdad de partes, no es menos cierto que históricamente se implantó tal sistema desde el S. XII hasta el S. XIX, por influencia del derecho canónico, con la supresión del acta de acusación, y cuya meta era lograr la confesión, por cualquier medio, del inculpado. Posteriormente, los movimientos filosóficos imperantes influyeron en la modificación del sistema que evolucionó hacia otro más humanitario. Decisivo para su inflexión fue la obra de BECCARIA “De los delitos y de las penas”, que dedicó un capítulo a la proscripción de la tortura por ser “una crueldad consagrada por la mayor parte de las naciones” desprovista de total razón. Téngase en cuenta que su recepción en España se produce normativamente en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo C. III del Tit. V “De la Administración de Justicia en lo criminal” comienza con el art. 286, que dispone que: “las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados”, consa-

Como decimos, en el proceso civil rige la forma contradictoria y en el penal, la forma inquisitiva. Aunque no de forma absoluta, ya que como se ha expuesto, tanto en el proceso civil como en el penal existen rasgos de principios que no le son propios y que determinan formas procesales complejas.

Así sucede en los procesos especiales de familia en los que no rige plenamente la forma contradictoria, en cuanto aquellos procesos están informados por el interés público.

En el proceso penal tampoco rige el sistema inquisitivo, sino el sistema acusatorio mixto, que no debe confundirse con la aplicación del principio acusatorio⁵. La adopción del sistema acusatorio supone la asunción de un determinado modelo de proceso penal basado en la división del proceso penal en dos fases diferenciadas: la de instrucción y la de juicio oral de las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos y que quedan sometidas a principios específicos.

El sistema acusatorio mixto se fundamenta en la existencia de dos sistemas de proceso penal: el inquisitivo y el acusatorio⁶. El primero ya

grando un sistema de garantías para la detención y prisión (arts. 290 y 300), sin exigir juramento al arrestado (art. 290), disponiendo en el art. 301 que al tomar confesión al “*tratado como reo*” se leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de testigos.

5. El principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, según tiene reiterado abundante jurisprudencia constitucional, siendo aplicable a todas las fases e instancias del proceso penal. En un sentido estricto, el principio acusatorio determina la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, distinta e independiente del Juez. Ahora bien, en la actualidad constituye una garantía fundamental del acusado que se concreta en el derecho del sometido al proceso penal a la existencia de un órgano judicial independiente que debe instruir y fallar con carácter absolutamente imparcial, a conocer de la imputación o acusación en todos sus términos de modo que pueda defenderse con igualdad de medios que la parte acusadora y, en todo caso, con proscripción de la indefensión (véase la Lección 43).

6. En su desarrollo histórico no encontramos una manifestación pura de cada sistema. En consecuencia, no puede hablarse de uniformidad en la implantación del sistema inquisitivo o del acusatorio en cada momento histórico, sino en una interrelación de ambos hasta llegar a los tiempos actuales. En el derecho romano se pasó de un sistema acusatorio durante la época republicana hacia el inquisitivo en la época imperial con

ha sido expuesto, y ha regido, en nuestro sistema procesal penal, en la fase de instrucción o investigación penal. Sin embargo, la fase de juicio oral está informada plenamente por la forma contradictoria. Este sistema mixto se justifica en razón de los distintos intereses que resultan afectados en cada fase del proceso⁷.

En este sentido, la instrucción en el proceso penal sigue estando condicionada por su finalidad que no es otra que la de investigación de los hechos y de preparación del material que servirá de base a las pretensiones de acusación y defensa que se formularán y fundamentarán mediante la práctica de la prueba en el acto del juicio oral. En consecuencia, en esta fase, se ponen de manifiesto los principios de escritura, secreto sumarial y de iniciación e investigación de oficio del proceso penal.

En la fase de plenario o de juicio oral adquiere plena vigencia el sistema acusatorio, de modo que corresponde a la acusación acreditar la prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia del acusado. Dentro de esta fase cabe destacar los principios de oralidad, de publicidad, de intermediación, concentración, y libre valoración de la prueba, con plena igualdad de las partes en el proceso.

El sistema penal español de la LECrim se estructuró conforme al esquema expuesto, aunque se modificó posteriormente con la Consti-

preeminencia del primero. Posteriormente, en la época medieval se acentuó el inquisitivo, por la influencia del derecho canónico, que consideraba el delito un pecado que debía ser expiado. En España, el Fuero Juzgo estableció un sistema predominantemente acusatorio, mientras que en las Partidas se acentuó el inquisitorio hasta llegar a la Constitución de Cádiz de 1812, que constituyó el punto de partida para la instauración del tipo acusatorio mixto, que se plasmó en la LECrim vigente de 1882.

7. Para comprender nuestro sistema procesal penal, debemos atender, como término comparativo, al sistema acusatorio puro, propio de los países anglosajones, en el que se dan las siguientes características: a) La necesidad de existencia de una acusación, ya que el juez no puede proceder “ex officio”. Para los delitos públicos se instaura la acción popular mientras que para los privados se reserva la acción penal al perjudicado u ofendido. b) Predomina un “favor libertatis” como regla para las cautelas penales. c) Existencia de contradicción de las partes en el juicio, debiendo ser éste público y oral. d) El material probatorio debe ser aportado exclusivamente por las partes, disfrutando estas de igualdad de medios de acusación y defensa. e) Libre apreciación de la prueba por el Juez, que se constituye en árbitro del proceso, no admitiéndose la doble instancia con carácter general.

tución. Concretamente, con base en el art. 24.2º CE, que ha extendido a la fase de instrucción la aplicación del principio acusatorio y la forma contradictoria. Así, se ha instaurado la preceptiva intervención de Letrado y la defensa del acusado desde el inicio del proceso penal; el derecho a ser informado de la acusación; a solicitar la práctica de diligencias de investigación y el derecho a disfrutar de todas las garantías procesales. En este sentido, hoy no puede mantenerse que la instrucción sirva únicamente para preparar la acusación ni que esté regida, únicamente, por la forma inquisitiva. En nuestro sistema procesal penal vigente, la instrucción permite la intervención del imputado y la plena vigencia de su derecho a la defensa desde que se le dirija la imputación. Por su parte, el Juez de instrucción si bien debe investigar los hechos, no puede hacerlo en régimen de secreto u opacidad para el imputado, que tiene derecho a intervenir en la instrucción en el modo expuesto. Tampoco puede utilizar medios coercitivos (la prisión provisional) o fundamentos genéricos (la alarma social) para facilitar la búsqueda absoluta de la verdad material. En cualquier caso, debe dirigir imparcialmente la instrucción preparatoria del juicio oral. Así lo prevé el art. 2 LECrim que dispone que: “*Todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal deberán consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo*”. (Véase sobre esta cuestión, la STS 18 de mayo de 2001 [RAJ 5515]).

5. OTROS PRINCIPIOS TÉCNICOS.

5.1. Principio de oralidad, concentración e inmediación.

El proceso tiene forma oral cuando las actuaciones judiciales —o al menos la mayoría de ellas— se desarrollan ante el Juez mediante el uso de la palabra. No puede decirse que la oralidad suponga una ventaja frente a la escritura o al contrario. Aunque es cierto que a determinados actos procesales les conviene la oralidad, y a otros, la escritura. Así, es indudable que la comparecencia de las partes y de sus Abogados y la posibilidad de ser interrogados por el Juez sobre aspectos fácticos pueden ayudar a la justicia del fallo. Ahora bien, la escritura es preferible en los actos de alegación iniciales (demanda o contestación) o los recur-

sos en los que debe desarrollarse una compleja argumentación fáctica y jurídica. En cualquier caso, se trata de un principio técnico que se aplica a los actos procesales conforme a lo previsto en la Constitución, que en el art. 120.2º dispone que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal. También la LOPJ de 1985, en su art. 229, reitera este principio recogiendo idénticamente el redactado Constitucional.

La oralidad rige con especial intensidad en el proceso penal. Fue voluntad del legislador de la LECrim de 1882 implantar el principio de oralidad en el proceso penal durante la fase de juicio plenario, también denominada de juicio oral, a la vez que convertía esta fase en la esencial del proceso. Así, en el art. 741 LECrim se establece que el Tribunal sólo deberá apreciar, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio oral. También se expone de ese modo en la Exposición de Motivos de la LECrim, que afirma que es en el juicio oral y público donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, y donde los magistrados han de formar su convicción. Mientras, el proceso civil regulado en la LEC de 1881 era fundamentalmente escrito.

La LEC también ha acogido la oralidad como principio rector de las actuaciones procesales, frente a nuestro sistema tradicional de proceso civil que ha sido habitualmente escrito. Tanto ha sido así que era frecuente que las partes renunciaran a los pocos trámites orales que contemplaba la LEC de 1881 (vista en los incidentes, audiencia previa en el menor cuantía, audiencia para conclusiones, etc.) y prefirieran sustituirlos por la presentación de una nota o inducta⁸. Sin embargo, la LEC 1/2000 ha apostado claramente por potenciar la oralidad en la sustanciación de todos los procedimientos judiciales civiles. A ese fin, los arts. 137, 138, 431 LEC disponen que los actos de prueba se realizarán oralmente en audiencia pública ante el Juez o Magistrado que

8. La vigencia del principio de escritura se había impuesto en nuestro proceso civil, no solo en virtud de la estricta redacción legal, sino también por la inveterada y recalcitrante preferencia de los Abogados por la forma escrita. Así se demostraba respecto a procesos como el verbal y el de cognición, para los que estaba prevista la forma oral y, sin embargo, se sustanciaban por escrito. Precisamente, para evitar esa consecuencia, la LEC 1/2000 previó la nulidad de pleno derecho para la infracción de la regla de oralidad en las vistas y comparencias (art. 137 LEC).

estuviere conociendo del asunto. En el mismo sentido se pronuncia el art. 289 LEC que establece que las pruebas se practicarán contradictoriamente en audiencia pública, o con publicidad o documentación similares si no se llevase a efecto en la sede del tribunal. También se exige la necesaria presencia del Secretario judicial en los actos que deban celebrarse únicamente ante ellos (art. 137.3 LEC).

5.1.1. *Concentración.*

Este principio tiene por finalidad que las actuaciones procesales, en especial las pruebas, se realicen de la forma menos dispersa posible, a fin de que el Tribunal no tenga una imagen fraccionada del proceso, sino completa o global. Así se prevé para el proceso civil en los arts. 137 y 184 y ss. LEC; y para el proceso penal, el art. 744 LECrim, que establece que las sesiones del juicio oral se celebrarán de forma consecutiva hasta la conclusión del juicio.

Este principio técnico se asocia a la vigencia del principio de oralidad en el proceso, que se manifiesta con especial intensidad en el acto del juicio en el que se concentran los actos de alegación, prueba y conclusiones. Sin perjuicio de la posible suspensión del juicio en determinados supuestos tasados y restrictivos (arts. 746 y ss. y 788 LECrim; 188 LEC).

La exigencia de la concentración de los actos de prueba se refuerza en los arts. 289 y 290 LEC que prevén que se realizarán en unidad de acto; y en el art. 193 LEC que dispone que una vez iniciado el juicio solo se puede interrumpir por motivos tasados y por un tiempo máximo de 20 días. De tal modo que si no fuera posible cumplir con el expresado plazo, deberá señalarse nueva vista del juicio con nulidad de todo lo actuado.

5.1.2. *Inmediación.*

La inmediatez es un principio complementario del principio de oralidad que exige que la actividad procesal se realice en presencia de los miembros del órgano jurisdiccional. Efectivamente, la oralidad carecería de sentido si los actos procesales se desarrollasen ante sujeto distinto

del tribunal o, en su caso, del Secretario judicial que debe conocer de la concreta actuación. Precisamente, la oralidad tiene por finalidad que el Juez o magistrado pueda formarse una convicción tras la práctica de la prueba realizada en su presencia. A este fin, el art. 229.2 LOPJ dispone que: “Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes, y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”.

También, en este sentido, se pronuncia el art. 137 LEC, que garantiza la plena vigencia y cumplimiento de la inmediación judicial con la consecuencia de la nulidad de pleno derecho de aquellos actos procesales realizados con infracción de este principio (arts. 137 LEC y 238 LOPJ).

Pero el art. 24 CE no garantiza la presencia en las actuaciones procesales de un Juez concreto, sino la presencia del Juez competente o del que funcionalmente corresponda sustituirle. Por esa razón, no vulnera el principio de inmediación, la sustitución temporal del titular de un órgano judicial cuando se funde en una causa legal.

5.2. Principio de escritura: forma escrita: orden de los actos, preclusión y eventualidad.

Los actos procesales se pueden producir oralmente o por escrito; aunque los actos orales también deben documentarse por escrito, o bien por medios técnicos de documentación y archivo. Con estos escritos y documentos se forman los autos, voz que es sinónimo y equivalente a proceso (“personarse en autos”, “acumulación de autos”, “constar en autos”, son expresiones arraigadas que demuestran la importancia del principio de escritura en nuestro proceso).

En el proceso civil son actos escritos el de demanda (art. 399 LEC), contestación (art. 405 LEC), los escritos de recurso de apelación o casación (arts. 457, 479 LEC), etc. En el proceso penal, el principio de escritura predomina durante la primera fase del proceso penal. A este respecto, el art. 321 LECrim establece que los jueces de instrucción formarán el sumario ante sus secretarios. Por su parte, el art. 774 LECrim dispone que todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los compren-

didados en el Título II, en el que se regula el procedimiento abreviado, se registrarán como diligencias previas, siéndoles de aplicación lo dispuesto en los arts. 301 y 302 LECrim⁹. Por escrito se reflejará la constatación de la práctica de los medios de investigación, según disponen los arts. 326 y ss. (inspección ocular), 334 y ss. (cuerpo del delito) y 374 (identidad del delincuente), entre otras diligencias sumariales. Sin embargo, en la fase de juicio oral rige, plenamente, el principio de oralidad.

5.2.1. Preclusión.

La preclusión es un efecto que impide la realización de actos procesales fuera del tiempo establecido para ello, que viene establecido, con carácter general, en el art. 136 LEC que dispone que: “*Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate...*”.

De este modo, se protege el orden de sustanciación de los autos que exige un momento procesal para la realización de cada actuación procesal, sin que pueda realizarse con posterioridad¹⁰. Téngase presente que el impulso procesal corresponde al órgano jurisdiccional, que dará al proceso el curso que corresponda conforme con las normas procesales que son de orden público (véase, sobre el impulso procesal, el § 5.3 de este Capítulo). De lo contrario, el proceso quedaría en manos de los litigantes.

También se regula la preclusión en otros preceptos de la LEC, ya sea estableciendo expresamente esta consecuencia, o bien requiriendo ex-

9. Vid., en igual sentido, entre otros, los arts. 326, 327 y ss., 334 y ss., 374, 392, 444, 452 LECrim.

10. Este principio se explica con relación al principio de escritura y orden de los autos, aunque también resulta de aplicación al orden determinado de los actos procesales orales. Por ejemplo el juicio oral, en el que existen una serie de trámites que el Juez va abriendo solicitando a las partes que se pronuncien, de modo que no realizado un acto concreto (por ejemplo solicitar una prueba), precluye el derecho a solicitar prueba. Aunque es cierto que la forma oral permite una mayor flexibilidad.

presamente la necesidad de realizar un acto o alegación en un momento concreto. V.g., en el art. 207.4 LEC con relación a la preclusión para recurrir una resolución determinada; o los arts. 400 y 405 LEC respecto a la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que habrán de aducirse al tiempo de interponerse la demanda y contestación, sin que pueda reservarse su alegación para un momento posterior.

De este modo, omitido un acto procesal concreto (la contestación a la demanda, la acumulación de acciones, etc.) o, dentro de este, una alegación procesal concreta, ya no podrá formularse eficazmente después (por ejemplo la alegación de defecto en el modo de proponer la demanda, o la aportación de un documento). Igual sucede con la petición de prueba, los recursos, etc.

5.2.2. *Eventualidad.*

El principio de eventualidad permite que las partes acumulen “eventualmente” distintas peticiones, incluso contradictorias e incompatibles entre sí, para que pueda ser estimada una en el caso de que se desestime la otra. Este principio es consecuencia directa del de preclusión, que impide, entre otras cuestiones, la alegación de cualquier hecho o la formulación de cualquier petición fuera de plazo. Siendo así, la parte deberá acumular las distintas peticiones que pretenda en el acto que proceda, aunque sean absolutamente incompatibles entre sí.

Por ejemplo, el actor puede solicitar en la demanda que se le entregue la posesión de la cosa objeto del contrato de compra-venta o, en su caso y subsidiariamente para el caso que no se estime la pretensión anterior, que se declare resuelto o rescindido el contrato de compraventa con reclamación del precio pagado. Nótese la coherencia de la petición: el actor pretende que el demandado cumpla con el contrato; ahora bien, para el caso que exista un vicio de nulidad del contrato, que se declare resuelto y se devuelva la cantidad abonada. La primera petición (que el contrato, válido, se cumpla) es incompatible con la segunda (que el contrato, nulo, se rescinda), ya que, o bien el contrato es válido, o bien no lo es. Lo importante es que si el actor no realiza cualquiera de estas peticiones en la demanda no podrá hacerlo posteriormente, razón por lo que debe acumular eventualmente ambas peticiones.

La acumulación eventual de acciones se realizará conforme con el art. 71 LEC, que establece como requisito que el actor declare cuál es la acción principal y aquella otra u otras que se ejercitan para el supuesto que la principal no se estime fundada. A ese fin, en el redactado del suplico debe distinguirse, sin ninguna clase de duda, cuál es la acción principal y aquella otra u otras que se ejercitan para el supuesto que la principal no se estime fundada (art. 71.3 LEC). En caso contrario, en buena técnica procesal, el Juez no podría entrar a conocer de ninguna de las pretensiones interpuestas de ese modo, por un defecto en el modo de proponer la demanda.

La Ley exige que la acumulación se formule de forma subsidiaria y no alternativa, de modo que el Tribunal sólo podrá entrar en el análisis de la segunda petición si se ha desestimado completamente la primera. No cabe, sin embargo, la acumulación alternativa que implicaría que el tribunal tuviera que “elegir” entre varias pretensiones alternativas contenidas en la demanda, cuál es la que estima. Este proceder vulnera el principio dispositivo y de rogación y ha sido rechazado por nuestro Tribunal Supremo.

La acumulación eventual no solo cabe con relación a peticiones de la demanda, sino a cualquier acto procesal sujeto a plazo y, por tanto, a preclusión. Así, el demandado puede acumular eventualmente distintas excepciones (v.g. que ya pagó, o eventualmente si no logra probar el pago, que se declare que la acción ha prescrito); y, en general, en todo escrito (de petición o de recurso) pueden, dentro de lo razonable, acumularse peticiones eventualmente acumuladas.

5.3. Impulso procesal y caducidad de la instancia.

El proceso se impulsará de oficio en todos sus trámites. Esto significa que no corresponde a las partes instar la continuación del proceso, sino que será él órgano jurisdiccional a quien corresponde acordar las distintas actuaciones que deban tener lugar, conforme está previsto en la Ley. Así está previsto en el art. 236 LEC que dispone que: “*La falta de impulso del procedimiento por las partes o interesados no originará la caducidad de la instancia o del recurso*” (también en el art. 237 LOPJ). Se trata de una redacción un tanto confusa en la que se niega efecto algu-

no de caducidad a la falta de impulso procesal de la parte. Lo que más claramente significa que el impulso procesal no es una carga de la parte, sino del órgano jurisdiccional. Concretamente del secretario judicial que entre otras funciones: “1... *impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales*. 2. *A tal efecto dictará las resoluciones judiciales necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquellas que las leyes procesales reserven a jueces o tribunales*” (art. 456 LOPJ). Véase, sobre las resoluciones del Secretario, el § 2.3 del Cap. VI.

Que el impulso procesal corresponda al tribunal no impide que competa a la parte, por su propia instancia, cumplir con los trámites procesales para los que sea emplazado, sea directamente, o bien porque lo autorice la ley. También para realizar solicitudes al tribunal, iniciar incidentes procesales o procedimientos de recurso.

La circunstancia de que el proceso se impulse de oficio no impide que pueda caducar cuando, transcurrido el plazo establecido en la Ley, no se hubiere producido actividad procesal alguna. En este caso, se producirá lo que se denomina caducidad en la instancia que supone la finalización y archivo de las actuaciones. Concretamente, la caducidad producirá los siguientes efectos: – Si se produjere en la primera instancia, se entenderá producido el desistimiento en dicha instancia, por lo que podrá interponerse nueva demanda, sin perjuicio de la caducidad de la acción. – Si la caducidad se produjere en la segunda instancia o en los recursos extraordinarios de casación o infracción procesal, se tendrá por desistida la apelación o dichos recursos y por firme la resolución recurrida y se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedieren.

La caducidad en la instancia supone una anomalía que puede suceder por la dejación del órgano jurisdiccional, que no acuerde la continuación del proceso, y/o también de las partes que, a pesar de no tener la responsabilidad de impulsar el proceso, no han formulado ninguna petición para su continuación. Manifestando, de ese modo, la dejación por el asunto, lo que conducirá a la finalización del procedimiento que se estuviere sustanciando (art. 237 LEC). Se trata de una suerte de sanción procesal a las partes fundada en el desinterés en la continuación del proceso. Por ello, no se producirá caducidad de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquiera otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados (art. 238 LEC).

Tampoco se producirá la caducidad en la instancia en las actuaciones para la ejecución forzosa, que podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en la ley. La razón de esta exclusión se fundamenta en el principio de responsabilidad del deudor que responderá de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). Ahora bien, la ejecución debe haberse iniciado dentro del plazo de caducidad de cinco años previsto en la Ley. En caso contrario, la acción ejecutiva habrá caducado. Así lo establece el art. 518 LEC que dispone que: *“La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”*. Así, interpuesta acción ejecutiva dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, ya no caducará la ejecución que podrá seguirse hasta el completo cumplimiento de la obligación.

La caducidad se puede producir tanto en primera instancia como en la sustanciación de cualquier recurso. El plazo será de dos años de paralización, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación. Plazos que se contarán desde la última notificación a las partes. La caducidad se acordará por auto, que no contendrá imposición de costas, y frente al que cabe interponer los recursos de reposición y de apelación.

5.4. Principio de publicidad y secreto.

La publicidad del proceso constituye un principio esencial del proceso consagrado en el art. 120 CE, que se constituye en una garantía de los justiciables contra la justicia secreta que, de ese modo, pudiera escapar a la fiscalización de la audiencia pública. Con base en la norma constitucional, la publicidad es la regla general en el proceso conforme con los arts. 232 LOPJ, 138 LEC y 680.1º LECrim.

La publicidad del proceso incluye el acceso a las actuaciones cuando concurra interés legítimo, y especialmente, al acto del juicio, que se

celebrará en audiencia pública con las excepciones previstas en las leyes de procedimiento.

Estas excepciones se refieren a la existencia de razones de distinto orden que puedan fundamentar la restricción de la publicidad (menores, intimidad, orden público, etc.). Así sucede con relación a la declaración de menores u otras personas cuando pueda resultar afectada su intimidad (arts. 138.2, 754 LEC, 680.2 LECrim). En estos supuestos, el tribunal puede acordar la celebración del juicio a puerta cerrada. Ahora bien, esta medida debe acordarse por medio de resolución motivada.

La instrucción penal tiene carácter secreto respecto de terceros ajenos al proceso (art. 301 LECrim), lo que supone una restricción del principio de publicidad. Esta restricción puede ser aún mayor, por cuanto el art. 302 prevé, con carácter excepcional, la posibilidad de declararlo secreto por un tiempo no superior a un mes. El Tribunal Constitucional tiene sentado que esta previsión legal no es anticonstitucional, y que se ajusta al contenido del art. 120 CE. Precisa que, en todo caso, esta medida debe justificarse razonablemente y debe concederse a las partes la oportunidad posterior para defenderse.

La doctrina del Alto Tribunal considera, además, ajustada a derecho la posibilidad de prorrogar el plazo de un mes previsto en el art. 302 LECrim., siempre que dicho plazo resulte insuficiente para impedir que se obstaculice la averiguación de la verdad de los hechos.

5.5. El principio de buena fe procesal.

El principio de buena fe procesal se regula en el art. 247 LEC y obliga a los litigantes a intervenir en el proceso con una conducta procesal adecuada, respetuosa con las normas procesales y con el resto de intervinientes en el proceso. Aunque puede resultar más sencillo señalar en qué supuestos se actúa con mala fe procesal. En este sentido, se infringe este principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación, se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella o, en definitiva, se dificulta el curso normal del proceso con peticiones injustificadas de suspensión o con peticiones peregrinas de imposible estimación, etc.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Los tribunales rechazarán las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC). Además, cuando el tribunal estime que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio (art. 247.3 LEC).

Si la actuación contraria a las reglas de la buena fe fuere imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria (art. 247.3 LEC).

CAPÍTULO 4

DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

1. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Los principios esenciales o inmanentes al proceso se encuentran hoy constitucionalizados como derechos fundamentales, que están especialmente protegidos y, en su virtud, son directamente aplicables y exigibles ante los tribunales de justicia mediante el amparo ordinario y, subsidiariamente, para el caso que no fuera atendida la petición de tutela, por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

El catálogo de derechos fundamentales se contiene en los arts. 14 a 29 CE. Derechos que establecen el estándar de calidad de nuestro sistema democrático. Entre estos se hallan varios que tienen especial incidencia en el ámbito procesal. Estos son los arts. 17, 18 y, especialmente, el art. 24 CE. Derechos que se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Concretamente, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 dispone que: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”* (véase también el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966).

El art. 17 establece el derecho a la libertad y los supuestos tasados de limitación de ese derecho en el supuesto de detención. Para ese supuesto se establecen los derechos y garantías del detenido y, en última instancia, la Constitución refiere un procedimiento de “habeas corpus”, regulado en la LO 6/1984, para solicitar la puesta a disposición judicial de cualquier persona detenida ilegalmente¹. Por su parte, el art. 18 garantiza el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones². Pero no cabe duda de que es el art. 24 CE en el que se concentran los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos en el ámbito procesal.

El art. 24 CE contiene dos párrafos. En el primero se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Esta es una expresión o concepto amplio en el que se sintetizan los principios y reglas del debido proceso sustanciado con todas las garantías. En el segundo párrafo se relacionan algunos de los derechos constitucionales que permiten, precisamente, que la tutela judicial sea efectiva y que no se produzca indefensión. Así, se reconoce el derecho de todas las personas: “*al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia*”. La relación de derechos contenida en el art. 24.2 CE no es exhaustiva, sino que se limita a enumerar los derechos del orden procesal de mayor significación; sin que ello excluya la existencia de otros derechos vigentes en el proceso que tendrán alcan-

1. El procedimiento de Habeas Corpus se regula en la LO 6/1984, que prevé un procedimiento para poner a disposición judicial cualquier detenido que se considere que está sometido a una detención ilegal. El procedimiento puede iniciarlo tanto el interesado como cualquier persona de su entorno familiar. También el Fiscal o el defensor del Pueblo.

2. También merecen ser destacados los arts. 118 y ss. CE que reconocen el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE), a la motivación de las sentencias (art. 120), al resarcimiento por el error judicial (art. 121 CE) y al ejercicio de la acción popular y a la participación en el sistema judicial mediante la institución del jurado (art. 125 CE).

ce constitucional en tanto que impidan o sean un obstáculo para que los ciudadanos obtengan tutela judicial efectiva sin indefensión como proclama el art. 24.1 CE. Por ejemplo, el derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos; a la prueba; a la prohibición de la “reformatio in peius”; a la igualdad de armas o a obtener una resolución fundada en derecho (motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el art. 120.3 CE).

El catálogo de derechos expuesto también puede estudiarse conforme se agrupan en el denominado principio acusatorio que forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE y que es aplicable a todas las fases e instancias del proceso penal. El principio acusatorio, en un sentido estricto, determina la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, distinta e independiente del Juez. Pero en la actualidad, constituye una garantía fundamental del sometido al proceso penal que se concreta, básicamente, en la relación de derechos que se contienen expresamente en el art. 24.2 CE como una concreción del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

De entre el catálogo de derechos contenido en el art. 24 CE, en sentido general, cabe destacar los siguientes:

1.1. Derecho de acceso a la jurisdicción.

El derecho de acceso a la jurisdicción garantiza que los ciudadanos puedan dirigirse a los tribunales de justicia en petición de tutela o de la garantía de algún derecho, sin otras restricciones que el necesario cumplimiento de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la Ley. Ello sin perjuicio de que los tribunales de justicia puedan desestimar las pretensiones que se les planteen por causas formales o de fondo. Así, una resolución de inadmisión de una petición no vulnerará el derecho de tutela judicial efectiva cuando la decisión se funde en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial

Lo que la Ley procesal no puede hacer es establecer obstáculos, trabas arbitrarias o condicionar o restringir de modo desproporcionado el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos, que de ese modo se

vería coartado indebidamente con la consecuencia de la vulneración de la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente (véase la STC 17/2008, de 31 de enero). Para estos supuestos, el TC ha elaborado el principio “pro actione” que determina la aplicación favorable y flexible de las normas de acceso al proceso en el supuesto de decisiones de indebida restricción o limitación del acceso a la jurisdicción, con la consecuencia de la revocación de aquellas decisiones que: “... *por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión, pretensión para la que el acceso al procedimiento quedará definitivamente impedido...*” (STC 84/2000, de 27 de marzo). (Véase también la STC 236/2001, de 18 de diciembre).

El derecho de acceso a los recursos no forma parte, sin embargo, del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Excepto con relación a las sentencias penales condenatorias frente a las que, necesariamente, debe existir un recurso que permita un doble grado de jurisdicción, sin el cual se produciría la vulneración de la tutela judicial efectiva. De modo que la revisión de las decisiones que decidan la inadmisión de un recurso se atenderá a la aplicación de la estricta legalidad procesal, que es de la exclusiva competencia de los órganos judiciales. Salvo que la decisión de inadmisión de un recurso incurriese en un error patente, arbitrariedad o fuese manifiestamente irrazonable.

Finalmente, cabe señalar la diferente intensidad con la que se aplica el derecho de acceso a la jurisdicción en el proceso civil y penal. Cuestión relacionada con las características y contenido del derecho de acción civil y penal, que se expone en el epígrafe siguiente de este Capítulo. Baste por ahora con señalar que mientras que en el proceso civil la interposición de una demanda otorga al justiciable el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho; el derecho de acceso a la jurisdicción en el proceso penal incluye, únicamente, el derecho al proceso que se agota en el acceso a Jueces y tribunales, pero no comprende el derecho a que se dicte una sentencia (“ius ut procedatur”). No supone, por tanto, un derecho incondicionado a la apertura del proceso, a su sustanciación, ni tampoco a obtener una sentencia favorable (véase STC 115/2001, de 10 de mayo).

1.2. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

La predeterminación por Ley del Juez ordinario es un derecho fundamental de los ciudadanos, reconocido en el art. 24.2 CE, que se garantiza mediante criterios generales preexistentes de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permite determinar cuál es el juzgado o Tribunal llamado a conocer cada caso concreto. Con ello se garantiza la inexistencia de Jueces nombrados “ad hoc” y que el Juez que resulte nombrado con arreglo a una norma preexistente al caso litigioso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones de un órgano gubernativo. Véase el § 3.1 del Cap. 2 sobre las garantías previstas en la LOPJ para el correcto ejercicio de la función judicial.

Las normas procesales que regulan la determinación del Juez se encuentran dentro del ámbito del art. 24 CE. Dentro de este grupo de normas quedan comprendidas no solo las que regulan la Jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales, sino también las referentes a preservar la imparcialidad de los titulares de estos órganos.

El derecho al juez imparcial constituye un derecho que completa el derecho al Juez ordinario, de modo que se garantice la posición de ajeneidad e independencia del Juez para el caso concreto y, en definitiva, un juicio justo³. La imparcialidad del Juez se determina, respecto al caso concreto, por la ausencia de las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ, cuya existencia debe conducir a la abstención del Juez del conocimiento del asunto. Así mismo, las partes podrán, con base en la existencia de alguna de las causas citadas, recusar a Juez. Véase el Cap. 10 sobre abstención y recusación de Jueces y Magistrados.

3. La imparcialidad del Juez se traduce, en el proceso penal, en la necesaria separación entre la fase de instrucción y la del juicio oral, correspondiendo conocer de ambas fases a jueces distintos, a fin de evitar un posible prejuzgamiento. Este derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial viene recogido en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.3. Derecho de audiencia y de contradicción.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de audiencia que garantiza el derecho de las partes procesales y de todo aquel que debiera serlo (es decir que tenga un interés directo en el proceso, aunque por alguna razón no sea parte) a comparecer, ser tenido como parte en el proceso, alegar lo que convenga a su defensa y aportar y practicar prueba en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Este derecho es especialmente importante en el proceso penal⁴. Más aún, el derecho de audiencia es la expresión concreta del principio de audiencia que constituye, junto con del igualdad, uno de los principios jurídico-naturales del proceso. Principios consustanciales al proceso y que deben informar las normas procesales de un sistema de justicia que sirva a los fines previstos en un estado democrático. (Véase sobre los principios del proceso, el Cap. 3).

El derecho de contradicción es solidario y complementario del de audiencia y exige idéntica oportunidad de las partes para presentar alegaciones a las peticiones o propuestas de la parte contraria. Así, el demandado tiene el derecho, o la carga, de contestar la demanda y de presentar alegaciones frente al recurso de la adversa. O en materia de prueba, cada parte podrá contradecir las pruebas de la adversa y valorar el contenido y resultado de la prueba practicada. De la aplicación del principio de contradicción se deduce también la necesidad de dar oportunidad a todas las partes interesadas para que estén presentes en el proceso y así poder sustanciarlo válidamente. Sin que ello suponga nada más que la necesidad de proceder a notificar al demandado la pendencia del proceso dependiendo de la parte notificada comparecer o no⁵. De otro modo, la renuencia de una parte a comparecer supondría

4. En el proceso penal será necesario tomar declaración al imputado antes de poder concluir las diligencias de instrucción. Y en la fase de plenario, el derecho de audiencia afecta plenamente todo la sustanciación del juicio oral y se manifiesta especialmente en el derecho a la última palabra que se concede al acusado al final del juicio para que pueda manifestar al tribunal cualquier cuestión que no hubiese sido planteada ya por su defensa.

5. En este punto, resulta necesario citar el concepto de “carga procesal”. Este concepto se suele definir en contraposición al de obligación. Así, se dice que el deman-

la imposibilidad de sustanciar un proceso⁶. Ahora bien, en el proceso penal, dadas sus especiales características, resulta necesaria la comparecencia del acusado para celebrar el juicio, salvo el supuesto concreto del juicio de faltas. También en el procedimiento abreviado cuando, entre otros requisitos, la pena solicitada no exceda de dos años de prisión. Véase el art. 786 LECrim.

1.4. Derecho a la igualdad de “armas” en el proceso.

El derecho a la igualdad de armas procesales está incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, de acuerdo con los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Nueva York de 1966; y 6 del Convenio de Roma de 1950. Normas que determinan que todas las partes personadas en la causa dispongan de las mismas posibilidades en cuanto a alegaciones, pruebas e impugnaciones; para evitar el desequilibrio entre las partes. Se trata de un corolario del derecho de contradicción que lo predetermina. Efectivamente, para garantizar el derecho de contradicción, resulta necesario que las partes personadas en un proceso disfruten de igualdad de medios procesales de ataque y defensa para formular y defender sus respectivas pretensiones. En caso contrario, el desequilibrio produciría una indefensión en la parte contraria, vulnerando con ello el art. 24 CE.

Este derecho debe ser observado en todas las fases de los procesos judiciales, aunque adquiere singular relevancia en el juicio oral y, con-

dado no tiene la obligación de comparecer en el proceso, sino una carga. Lo que viene a significar que de la incomparecencia ningún perjuicio, en principio, puede recaer sobre el demandado, ya que será el actor el que debe probar el fundamento de su pretensión. Ello con independencia de que es obvio que la posición de incomparecencia del demandado no resulta técnicamente una buena postura procesal, al no poder formular alegaciones que puedan evidenciar la falta de fundamento de la demanda.

6. El principio de contradicción exige la notificación en forma al demandado de la pendencia del proceso. A ese fin, la primera notificación resulta esencial, ya que la personación en el proceso civil exige la representación por procurador de los tribunales, lo que garantiza la notificación de todos los actos procesales a partir de la primera comparecencia del demandado. Véase, sobre la comunicación de actos procesales y, especialmente, sobre la primera notificación a los que sean parte en el proceso, el § 4 Cap. 7.

cretamente en la actividad probatoria (STC 66/1989, de 17 de abril y STS, de 10 de junio de 1999 [RAJ 5432]). Ello sin perjuicio de que las normas procesales puedan prever una cierta simetría en los derechos de alegación de las partes en determinados supuestos⁷.

El principio de igualdad procesal no debe confundirse con el derecho a la igualdad ante la Ley, que garantiza el art. 14 CE y que es un medio de evitar interpretaciones arbitrarias del tribunal incurriendo en desigualdades no justificadas en un cambio de criterio judicial frente a determinadas personas. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión declarando que como tal Tribunal solamente podrá apreciar, en aras del principio de igualdad –art. 14 CE–, si el cambio producido en la interpretación y aplicación de la Ley, se realizó reflexivamente por el órgano judicial, lo que no entraña reconocer la existencia en nuestro Ordenamiento de un principio de sujeción al precedente, ya que el Juez sólo está sujeto a la Ley.

1.5. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho autónomo, aunque mantiene una íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y las garantías y derechos que aquel derecho incluye. Se concreta en el derecho del justiciable a obtener tutela jurisdiccional en tiempo razonable. Este derecho es invocable en toda clase de procesos, si bien en el proceso penal adquiere especial relevancia ante la naturaleza de los derechos afectados.

Son dilaciones indebidas las producidas como consecuencia de los defectos estructurales de la Administración de Justicia. Así, un retraso

7. Así sucede, por ejemplo, en el caso de determinados incidentes procesales, como el de la adopción de medidas cautelares en el que puede adoptarse una medida cautelar sin audiencia previa del que debe padecer la medida (véase art. 733 LEC). O en el procedimiento monitorio en el que admitida la demanda, el Juez requiere de pago al demandado directamente y sin haberle oído previamente (véase art. 815 LEC). En estos supuestos, lo que sucede es que el Ordenamiento jurídico procesal difiere la plena aplicación del derecho a la igualdad de armas con base en la persecución de intereses legítimos como son el de intentar obtener la plena eficacia de las medidas cautelares o favorecer el cobro de determinados créditos.

por exceso de trabajo de los órganos judiciales puede servir de exculpación de responsabilidad a sus titulares, pero no puede privar a los ciudadanos de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En consecuencia, un sobreexceso de trabajo de los órganos jurisdiccionales puede exculpar a sus titulares de toda responsabilidad personal por los retrasos, pero no puede privar a los ciudadanos de reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes.

El contenido concreto del derecho deberá determinarse en cada caso, según la complejidad del litigio; el tiempo normal de duración de los procesos del mismo tipo; la conducta procesal del recurrente y la del órgano judicial. De modo que no procede una protección constitucional automática del cumplimiento de los plazos procesales, sino que corresponde al interesado denunciar el retraso o dilación al efecto de dar oportunidad al órgano judicial para reparar o evitar la lesión. Esta denuncia se deberá producir durante la sustanciación del proceso y, en su caso, acudiendo al recurso de amparo ante el TC, sin que sea admisible esta alegación una vez el proceso haya finalizado.

El problema consiste en determinar cuál es el modo de garantizar la plena efectividad del derecho, ya que las infracciones de las normas o reglas procesales solo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa, lo que deberá ser acreditado por el recurrente (Véase la STC 87/2001, de 2 de abril).

Respecto a esta cuestión, el TS ha utilizado, con mayor o menor acierto, distintos mecanismos procesales con la finalidad de reparar esta clase de perjuicios: a) En primer lugar, de carácter sustitutorio, mediante la exigencia de responsabilidad civil y penal al órgano judicial responsable y la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado; b) En segundo lugar, la modificación de la realidad del delito y las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. De entre estas posturas, el Tribunal Supremo acogió en un primer momento la primera, a cuyo efecto el Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 2 de octubre de 1992, estableció que la reparación de las dilaciones indebidas, debía servir de fundamento para solicitar el indulto y, eventualmente, una indemnización en favor del acusado. Sin embargo, el Pleno del 21 de mayo de 1999 modificó este criterio, entendiéndose que la reparación de la vulneración queda abierta a cualquier modalidad que parta de

la validez de la sentencia recaída en el proceso: indemnización, condonación de la pena mediante el indulto, o su moderación por vía de atenuante analógica.

El argumento que sigue el TS consiste en entender que pueden ser computados en la pena los males injustificados ocasionados al acusado por un proceso penal irregular. En este sentido, el Tribunal juzgador podrá modular la responsabilidad penal del acusado, en orden a la aplicación de la ley penal. A estos fines, el TS ha entendido de aplicación la circunstancia atenuante genérica prevista en el art. 21.6 CP, referida a cualquier circunstancia análoga a las anteriores.

1.6. Derecho a la motivación de las sentencias.

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (art. 24 CE). Motivación de las sentencias que resulta obligada, además, por el art. 120.3 CE. El fundamento de esta exigencia constitucional se halla en la necesidad de garantizar la racionalidad en la aplicación del derecho al tiempo que se excluye cualquier atisbo de arbitrariedad fortaleciendo, de ese modo, la seguridad y confianza en la justicia. Necesidad especialmente exigible respecto de las resoluciones judiciales condenatorias dictadas en el proceso penal por afectar al derecho fundamental a la libertad.

La motivación debe ser suficiente y debe incluir la “ratio decidendi” de la resolución en la que se contengan las razones que determinaron la adopción de la decisión finalmente acordada; sin que sea exigible un razonamiento exhaustivo o pormenorizado con relación a cada uno de los puntos concretos del asunto sometido a juicio. De ese modo, al conocer las razones de la decisión adoptada, el justiciable podrá utilizar adecuadamente la vía de recurso y el tribunal superior podrá realizar el adecuado control de la resolución.

1.7. Derecho a la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es uno de los derechos fundamentales incluidos en el art. 24 CE y garantiza la posición de cualquier persona

enfrentada a una acusación penal respecto a la cual es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad. No se trata de una presunción, en sentido estricto, sino de un antecedente necesario que informa el enjuiciamiento criminal en todas sus fases y que solo puede ser destruido por una sentencia condenatoria en la que se declare la culpabilidad del sometido a proceso penal. También puede definirse como una prohibición de enjuiciamiento, de una conducta ilícita, con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado.

La presunción de inocencia opera, durante la sustanciación del proceso penal, como una regla de tratamiento del acusado, imputado o procesado que impide aplicar una condena anticipada⁸. Y, en la fase de resolución del proceso, determina que la sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa.

Por su parte, el principio de “in dubio pro reo” tiene alcance distinto aun cuando se trate de una manifestación del primero. Mientras la presunción de inocencia constituye un principio constitucional que presupone la ausencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el “in dubio pro reo” opera como una regla de interpretación o valoración de la prueba cuando esta resulte insuficiente para la condena de los acusados en el proceso.

1.8. El principio acusatorio.

El principio acusatorio tiene aplicación en el proceso penal y determina, en un sentido estricto, la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, distinta e independiente del Juez. Pero, en la actualidad este principio ha superado sus límites formales para afectar el pleno desarrollo del proceso penal en todas sus fases y constituir un sistema de garantía del sometido al proceso penal que se

8. En una primera época, de algún modo se entendió que la llamada “presunción de inocencia” del art. 24 2 CE era aplicable al proceso civil (e incluso que podría afectar a la licitud en la obtención de la prueba). Sin embargo, el TC parece circunscribir cada vez más su ámbito al proceso penal y, con correcciones, al derecho administrativo sancionador.

concreta en los siguientes derechos: 1º a la defensa; 2º a ser informado de la acusación, y a la existencia de correlación entre acusación y sentencia; y 3º a la igualdad de armas; 4º a un Juez imparcial, y 5º a la prohibición de la “reformatio in peius”. Derechos que se contienen en el art. 24 CE, ya sea reconocidos directamente, o bien como expresión del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

La aplicación de este principio al proceso penal no impide que alguno de los derechos citados tengan también incidencia y plena eficacia en el proceso civil, como el de igualdad de armas, de defensa y de prohibición de la “reformatio in peius”, que es reflejo del de congruencia procesal. Aunque otros derechos son específicos del proceso penal, como el derecho a ser informado de la acusación. O también el de presunción de inocencia que también se relaciona con el principio acusatorio.

El principio acusatorio se halla estrechamente relacionado con el derecho de defensa, como ha puesto de manifiesto el TC que ha declarado que: “*El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado...*” (STC 53/1987, de 7 de mayo), y se manifiesta de distinto modo según la fase en la que se halle el proceso. En primer lugar, en la fase de instrucción en la que el imputado o inculpado puede intervenir para la defensa de sus intereses conociendo de las actuaciones, solicitando la práctica de diligencias, y participando en las que se practiquen con plena contradicción, a salvo de que las actuaciones se declaren secretas. En segundo lugar, en la fase de juicio oral en la que el principio acusatorio determina que la parte acusadora ejercite la acusación frente al acusado que debe tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella mediante la solicitud y práctica de la prueba, así como la de alegar y concluir en el acto del juicio.

El derecho de defensa se proyecta durante todo el proceso penal y para su plena efectividad garantiza el derecho del sometido al proceso penal a: – a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; – a la defensa letrada de su elección o, en su defecto, a asistencia letrada gratuita desde la detención; – a ser informado de los hechos punibles objeto de acusación y sobre sus derechos constitucionales; – a ser oído y alegar ante el tribunal lo que estime pertinente en su defensa; – a utilizar los medios de prueba; y – al ejercicio de los recursos previstos en la Ley.

El principio acusatorio también comprende la necesaria congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia. De modo que el pronunciamiento del Tribunal ha de limitarse a los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa⁹; de tal modo que el acusado pueda haberse defendido de los hechos que se le imputan. No cabe, por tanto, condenar al acusado por cosa distinta de la que ha fue objeto de acusación y de la que haya podido defenderse¹⁰. Consecuencia de la necesaria congruencia entre las peticiones de la acusación y la defensa es la prohibición de la “reformatio in peius”, que impide que, por vía de un recurso de apelación o casación, se produzca una reforma peyorativa de la sentencia recurrida, salvo que el apelado recurra también o se adhiera a la apelación. Principio prohibitivo que sirve a los fines de garantizar el libre acceso a los recursos al evitar que el recurrente pudiera quedar penalizado por su propio recurso.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LA EXIGENCIA DE QUE CONCURRA EFECTIVA INDEFENSIÓN.

El derecho de tutela judicial efectiva se protegerá mediante los recursos y medios de impugnación establecidos en la ley. Así está previsto en el art. 53.2 CE que dispone que: “*cualquier ciudadano podrá recabar*

9. El principio de congruencia procesal también rige en el proceso civil, pero con distinto alcance; teniendo en cuenta los distintos principios que rigen en el proceso civil y penal. De modo que la congruencia procesal se ubica en el proceso penal en el marco del principio acusatorio. Mientras que en el proceso civil se fundamenta en el principio dispositivo, y su vulneración únicamente afectará al derecho de tutela judicial efectiva en el caso de que el tribunal hubiera dictado sentencia completamente al margen de las peticiones de las partes en el proceso.

10. No obstante, no se exige una exacta correlación entre la imputación y la condena, ya que el tribunal conserva su facultad de apreciar el derecho aplicable y de individualización de la pena. De modo que puede imponer una condena por un delito distinto (al que fue objeto de acusación) siempre que sea homogéneo e imponer una pena inferior a la solicitada. Lo que no puede es imponer una pena por un delito distinto no homogéneo y, en ningún caso, imponer una pena cuantitativamente superior a la solicitada.

la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección primera del Cap. II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...”. De modo que corresponde a la parte denunciar las situaciones de hecho, o bien impugnar aquellas resoluciones que considere que infringen su derecho de tutela judicial efectiva, en el proceso en el que se hubieren producido. Ello sin perjuicio de que el tribunal pueda, de oficio, declarar la nulidad de las resoluciones producidas con vulneración de los derechos procesales de las partes (art. 240.2 LOPJ).

Aunque debe tenerse presente que no toda infracción de derechos procesales tendrá por consecuencia la nulidad las actuaciones, sino únicamente cuando la infracción hubiere producido una indefensión constitucionalmente relevante. Sobre esta cuestión, se ha pronunciado reiteradamente el TC que ha declarado que: *“para que ‘una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie’”* STC 258/2007, de 18 de diciembre. Sobre este particular, es doctrina sentada del TC que: *“desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión”*. Indefensión que tendrá relevancia constitucional cuando implique un perjuicio material definitivo (SSTC 67/2008, de 23 de junio; 100/2002, de 6 de mayo). A contrario, no tendrán relevancia constitucional la mera existencia de irregularidades formales.

Además del amparo judicial ordinario, la Constitución ha previsto un medio especial de protección y defensa de los derechos fundamentales mediante el amparo constitucional, que sirve a la función constitucional de defensa de la constitución ante las vulneraciones de los derechos fundamentales que pudieran no resultar amparadas por los tribunales de justicia [arts. 53.2, 161.1.b) y 162.1.b) CE]. El recurso de amparo constitucional, a pesar de su denominación, no puede considerarse un recurso en sentido estricto, sino un medio para denunciar y obtener, en su caso del Tribunal Constitucional, tutela efectiva ante las vulneraciones de los derechos fundamentales producidas en el proceso, cuando esta no ha sido otorgada por los tribunales ordinarios de justicia. Por su parte, el tribunal Constitucional lo ha caracterizado como

un medio de carácter extraordinario y suplementario o subsidiario, para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas conforme esta previsto en los arts. 53.2 y 161.1.b) CE.

El recurso de amparo tiene una naturaleza pública en tanto que la violación de un derecho constitucional por un órgano jurisdiccional, trasciende a los intereses particulares de los interesados que impetran tutela constitucional. Ello no es óbice para que el amparo constitucional tenga carácter personalísimo, sin que pueda ser ejercitada por persona distinta a la perjudicada por la resolución que se impugna, que es la única legitimada para su ejercicio (véase la STC 233/2005, de 26 de septiembre). Tampoco produce la sentencia que estima el amparo solicitado ningún efecto extensivo respecto de otros asuntos en los que se debata la misma cuestión. Sin perjuicio de que la Sala que estime el recurso pueda elevar al pleno cuestión de inconstitucionalidad de la ley aplicada cuando estime que lesiona derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2 LOTC). En definitiva, el recurso de amparo se caracteriza más como un derecho de la personalidad que como un instrumento de protección del interés público. Es por esa razón que el recurso de amparo decae cuando la pretensión que se perseguía en sede constitucional ha sido satisfecha fuera del proceso de amparo. En ese supuesto, se produce lo que el TC denomina “desaparición sobrevenida del objeto del proceso” que ha sido admitida como una forma de terminación del recurso de amparo (véanse 13/2005, de 31 de enero y AATC 282/2003, de 15 de septiembre y 30/2004, de 9 de febrero).

El recurso de amparo constitucional se sustanciará conforme con lo previsto en los arts. 41 y ss. LOTC, que establece que serán susceptibles de amparo constitucional los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, sin perjuicio de la tutela ordinaria que corresponde a los tribunales de justicia. De entre los derechos fundamentales susceptibles de protección, cabe distinguir entre los de carácter material y sustantivo, y los de carácter o naturaleza procesal. Estos últimos están constitucionalizados en el art. 24 CE, sin perjuicio de la existencia de otros derechos de incidencia en el proceso como son los reconocidos en los arts. 17 (derecho a la libertad) ó 18 (derecho a la intimidad y a la propia imagen), que se compendian en el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, expresión en la que se incluyen la práctica totalidad de

los derechos y garantías procesales. A saber: de acceso a la jurisdicción y a los recursos, de audiencia y contradicción, prohibición de la “reformatio in peius”, a la igualdad de armas, a obtener una resolución fundada en derecho, a la prueba, a la motivación de las sentencias. Existen otros derechos que el Tribunal Constitucional ha considerado autónomos, aunque instrumentales del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y las garantías y derechos que aquel derecho incluye, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un Juez predeterminado por la Ley e imparcial o el derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

3. DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES. DERECHO DE INSTANCIA Y DERECHO DE ACCIÓN CIVIL.

El derecho de acceso a los tribunales constituye el núcleo fundamental de los que se contienen en el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantiza el derecho de acceso a la jurisdicción según está previsto en la ley procesal. Se trata de un derecho incondicionado en su ejercicio, sin particulares relaciones con el supuesto concreto, e idéntico en todos los casos en que se ejercita. No es más que una manifestación de la capacidad jurídica general –un derecho semejante al derecho político de petición¹¹– desprovista de contenido concreto, que debe complementarse con el derecho al proceso o a la instancia, que tiene contenido distinto según se trate del proceso civil o penal.

En el proceso civil, el derecho a la instancia incluye el derecho a la obtención de una sentencia sobre el fondo. Mientras que en el proceso penal, el derecho de acción penal, o “ius ut procedatur”, se agota en el acceso a Jueces y tribunales y no comprende el derecho a que se dicte una sentencia. No supone, por tanto, un derecho incondicionado a la apertura del proceso, a su sustanciación, ni tampoco a obtener una sen-

11. Algunos autores, considerando la acción como un derecho abstracto, la entienden como un aspecto del derecho fundamental de petición: COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, edic. cit., pp. 74 y ss. FAIRÉN, *La acción, derecho procesal y derecho político*, loc. cit., pp. 239 y ss.

tencia favorable. Finalmente, esta exposición preliminar se completa haciendo referencia al derecho de acción civil, que se refiere al derecho a la obtención de una sentencia de fondo favorable, cuando concurren determinados presupuestos procesales y materiales.

3.1. El derecho de acceso a los tribunales.

El derecho de acceso a los tribunales es un derecho anterior y distinto al derecho a la instancia y a la sentencia de fondo, al que se refiere el TC como una parte integrante del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, en aquellos supuestos en los que esta resolución es de inadmisión. En muchos de estos supuestos se viene a reconocer el derecho de acudir a los tribunales, aunque estos puedan inadmitir a trámite la solicitud de tutela. Así, cuando el TC afirma en sus sentencias, por ejemplo en la 93/88, de 24 de mayo, que “*el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho del demandante o recurrente a obtener una resolución judicial fundada que podrá ser de inadmisión, cuando existan causas legales que los justifiquen*”, está incluyendo en su afirmación todos los supuestos de inadmisión, entre los que se encuentran aquellos en los que la solicitud de tutela no se admita siquiera a trámite.

De un modo paralelo a lo que ocurre con derecho al proceso y a una sentencia de fondo, que después examinaremos, el derecho de acceso a los tribunales debe ser interpretado de modo más favorable al que solicita la tutela, evitando lo que el TC ha venido denominando “*formalismos enervantes*”, ya que cualquier solicitud de tutela solo puede ser rechazada “*a limine*” cuando un precepto expreso imponga este rechazo.

3.2. Derecho a la instancia y a obtener una sentencia de fondo. El principio “pro actione”.

El derecho a la instancia es consecuencia de la prohibición de la llamada justicia privada o autotutela del propio derecho. Es el derecho subjetivo público a acudir al proceso. Este derecho al proceso se conce-

de a todos los ciudadanos, con independencia de que tengan derecho a obtener la tutela jurídica que solicitan, ya que es un derecho que está desvinculado del derecho material que se afirma tener, que depende de presupuestos meramente procesales. Es decir, se tiene derecho a la instancia y a una sentencia sobre el fondo siempre que se cumplan los requisitos procesales previstos en la ley. Siendo así, y con independencia del derecho que se pueda tener, el Juez vendrá obligado a dictar sentencia, con base en la obligación de pronunciarse sobre los asuntos que se le sometan (art. 11.3 LOPJ)¹².

El derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo es un derecho de naturaleza procesal que está condicionado por los requisitos que se establecen por las leyes procesales. A estos requisitos que condicionan la instancia y, por tanto, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo, se les llama presupuestos procesales: relativos al órgano (jurisdicción y competencia); relativos a las partes (capacidad para ser parte, capacidad procesal, postulación, acreditamiento de la representación y de la sucesión); y relativos al objeto del proceso (inexistencia de litispendencia, inexistencia de cosa juzgada, ausencia de defecto legal en el modo de interponer la demanda, etc.).

El derecho al proceso y a una sentencia de fondo tiene un contenido concreto que incluye el derecho a que la demanda se admita a trámite, se sustancie el proceso y se dicte sentencia sobre el fondo, sea favorable,

12. La existencia en nuestro Ordenamiento de un derecho a la sentencia de fondo con las características antes enunciadas resulta incuestionable. No solo porque así se deduzca del art. 24.1 CE y de la doctrina del Tribunal Constitucional, también porque en toda la regulación de la LEC late la obligación de los Jueces de proveer en uno u otro sentido cuando las peticiones han sido realizadas en forma. Con carácter general, los arts. 11.3 LOPJ y 1.7 CC imponen a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan. Para reforzar esta obligación, el CP sanciona al Juez que incurra en denegación de justicia o en retardo malicioso (art. 357 CP). Que se pretenda poner énfasis en que se trata de una obligación de determinados órganos del Estado más que de un derecho de los particulares carece, a estos efectos, de relevancia. Lo importante es que la obligación de los Jueces solo surge, en concreto, previa petición del justiciable; lo que supone que este tiene un derecho subjetivo público a exigir una determinada conducta de los Jueces. Existe, pues, un derecho al proceso (o un derecho a la sentencia de fondo) condicionado solo a la concurrencia de los llamados presupuestos procesales.

o adversa. Solo con la sustanciación del proceso y la obtención de una sentencia, se garantiza el derecho a la tutela efectiva del art. 24 de la CE¹³. Así lo ha entendido el TC desde un principio (SSTC 9/81, de 31 de marzo y 13/81, de 22 de abril), y así lo ha seguido manteniendo hasta el presente (SSTC 232/88, de 2 de diciembre y 148/94, de 12 de marzo, entre otras).

Este derecho, así concebido en el ámbito civil, es extensivo a los derechos equivalentes en los demás órdenes jurisdiccionales. En el proceso penal se identifica con el denominado: “ius ut procedatur” que garantiza el libre acceso a solicitar la actuación del “ ius puniendi “ del Estado. Aunque este derecho se agota con su ejercicio, de modo que no garantiza que se dicte una sentencia sobre el fondo (véase, sobre esta cuestión, “infra” sobre la acción penal)¹⁴.

El derecho a la instancia se satisface cuando el órgano judicial, sin entrar en el fondo, dicta una resolución de inadmisión, que se fundamenta en una causa legal razonable y razonada (SSTC 37/82, de 16 de junio, 96/91, de 9 de mayo y 159/94, de 23 de mayo, o 116/2001 de 21 de mayo, entre otras). En este sentido, el juez debe examinar de oficio el cumplimiento de los requisitos o presupuestos procesales, siempre que sean de orden público y posean carácter imperativo (STC 49/89, de 21 de febrero, entre otras).

Los órganos judiciales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del dere-

13. FERNÁNDEZ, M. A., RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, ob. cit., T. I, p. 405.

14. Es doctrina reiterada del TC que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. En el proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y, por ende, de la acusación particular y privada. Su protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 CE, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden de solicitar la actuación del “ius puniendi” del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad (STC 37/93, de 8 de febrero). Es cierto que este “ius ut procedatur” que ostenta el querellante no contiene, ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una sentencia favorable a la pretensión penal (STC 191/92, de 16 de noviembre). Vid. STC 40/94, de 15 de febrero.

cho que consagra el art. 24.1 de la Constitución (principio “pro actione”) (SSTC 6/86, de 21 de enero, 148/88, de 14 de julio, 15/90, de 1 de febrero, entre otras). Se debe, pues, evitar la imposición de lo que se han llamado formalismos enervantes, contrarios al espíritu y finalidad de las normas procesales, así como el convertir cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (STC 343/93, de 22 de noviembre, entre otras). En este sentido, los trámites formales han de analizarse teniendo siempre presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir (STC 77/93, de 1 de marzo, entre otras).

Por otra parte, los defectos procesales son subsanables siempre que el interesado haya actuado con diligencia y no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni la integridad objetiva del procedimiento (SSTC 247/91, de 19 de diciembre, 122/93, de 19 de abril y 86/94, de 14 de marzo, entre otras) y, al respecto, los juzgados y Tribunales, por prescripción del art. 11.3 LOPJ, deben facilitar la subsanación de los defectos procesales subsanables (SSTC 110/92, de 14 de septiembre, y 158/94, de 23 de mayo. 71/2001 de 23 de marzo, entre otras).

4. EL DERECHO DE ACCIÓN CIVIL.

Además del derecho de acceso a los tribunales y del derecho al proceso o a la instancia, existe otro derecho que es el derecho de acción. Se trata de un derecho público, frente al Estado, a obtener una tutela jurídica concreta, que solo puede satisfacerse con una sentencia favorable. Así entendida, la acción es un derecho: a) a obtener una determinada tutela jurídica (no solo a solicitarla); b) que el actor posee o del que carece con anterioridad al proceso, pero cuya existencia afirma; c) es un derecho que, de existir realmente (y averiguarlo es el fin del proceso de declaración), los Jueces están obligados a satisfacer.

La función del proceso declarativo reside, precisamente, en averiguar si el actor tiene derecho a esa tutela en concreto y no a cualquier otra. Aunque la acción sea en abstracto y, como concepto jurídico, el

derecho a obtener la tutela jurídica efectiva, en concreto la acción (si realmente se tiene), es el derecho a obtener la tutela jurídica solicitada en el suplico de la demanda. A este respecto, es una carga del actor identificar, con toda precisión en el “petitum” de la demanda, cuál es el tipo de tutela que solicita y afirmar “a limine” que tiene derecho a ella (art. 399 LEC).

Esto no quiere decir que el actor tenga la carga de designar por su nombre la acción que ejercita (reivindicatoria, redhibitoria, etc.). En nuestro Derecho, la acción ni es un medio genérico de pedir justicia, ni es típica, en el sentido que se daba a la tipicidad en el Derecho romano clásico. El Juez puede denegar esa tutela si piensa que el actor no tiene derecho a ella, pero en ningún caso puede otorgar una tutela jurídica distinta (art. 218 LEC).

El derecho de acción presupone el derecho a la sentencia de fondo y está sometido, además de a los requisitos que condicionan a aquel, a las llamadas condiciones de la acción: existencia de derecho subjetivo material, legitimación, interés, y accionabilidad. A este derecho, dándole el nombre de acción se refieren nuestras Leyes materiales y procesales y en ella cabe entender incluido el derecho a la ejecución de la sentencia que se dicte.

El derecho de acción es uno de los temas de mayor complejidad del Derecho Procesal, origen de inacabadas disputas entre quienes dedican sus esfuerzos a esta rama del Derecho. Las posiciones doctrinales en torno a la acción, como término que compendia los derechos de los ciudadanos frente a la Administración de justicia, pueden reducirse a dos: la llamada concepción abstracta de la acción (“abstrakter Klagerecht”) y la que entiende la acción como un derecho de contenido concreto (“Rechtsschutzanspruch”). Así, supuesto el derecho de libre acceso a los Tribunales (que nadie niega), y reconocida la realidad de un derecho a la sentencia de fondo (que tampoco niega nadie), se plantea si existe, sumado a los anteriores, un derecho a que la tutela jurídica sea efectivamente concedida. Es decir, un derecho del actor a que los Jueces le den la razón (porque la tiene) y a que actúen en consecuencia.

A nuestro juicio, las dos posiciones sobre la acción no son contradictorias, sino complementarias, ya que la teoría concreta de la acción vendría a solventar la insuficiencia de la concepción abstracta de la acción. Especialmente, con relación a dos cuestiones principales.

En primer lugar, resulta difícil aceptar la idea de que toda la protección que el Ordenamiento jurídico puede otorgar a quien ha sido lesionado en la esfera de sus derechos subjetivos privados se reconduzca a concederle la facultad (o, si se quiere, el derecho) de exigir que los Tribunales realicen todas las actuaciones hasta llegar a la sentencia de fondo. Si esto fuera realmente así, se estaría afirmando que la tutela se otorga tanto con una sentencia absolutoria como con una condenatoria (siempre, claro está, que ambas fueran de fondo), lo que equivaldría a reconocer, implícitamente, que el primitivo deber jurídico incumplido ha sido sustituido por el deber de someterse a la decisión del Juez exteriorizada en forma de sentencia¹⁵.

En segundo lugar, si la acción se circunscribe al derecho a obtener una sentencia de fondo, forzosamente debe entenderse agotado este derecho en el momento en que el Juez de primera instancia dicte una sentencia de tal naturaleza; ¿cómo explicar, entonces, la segunda instancia y el eventual recurso de casación? Es cierto que el derecho al proceso puede comprender también la obligación de dictar sentencia sobre el fondo en segunda instancia e, incluso, de que sea resuelto el recurso de casación. Pero ¿qué derecho considera el actor infringido, es decir, no tutelado para acudir a la segunda instancia o a la casación, precisamente en demanda de tutela jurídica?. Parece claro que si el actor cuya demanda ha sido desestimada recurre, lo hace porque entiende que no se le ha concedido “algo” a lo que él cree tener derecho, es decir: porque cree que no ha obtenido la protección jurídica que debía serle otorgada. Ese “algo” no puede ser su derecho subjetivo material, puesto que este lo tiene exclusivamente frente al deudor (demandado) y no es ciertamente el demandado quien le ha denegado la tutela jurídica. De ahí que resulte forzoso admitir que si no se reconoce la existencia de “algo más” que el simple derecho al proceso, es decir, a la sentencia de fondo queda sin explicación satisfactoria el porqué de la segunda instancia, de la casación y de la propia ejecución forzosa¹⁶.

15. Y no existe aquí término medio: o se admite que el acreedor tiene derecho a que se le dé la razón y se actúe en consecuencia, o es preciso admitir que su derecho ha sido sustituido en su contenido real por el simple derecho a obtener una sentencia.

16. Aunque el derecho de acción no forma parte del derecho “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales” de que habla el art. 24. 1 CE y, por tanto, no puede

5. EL DERECHO DE ACCIÓN PENAL.

El concepto civil de acción independiente y autónoma no es aplicable en el enjuiciamiento criminal, ya que en este no existen intereses privados sino públicos, pertenecientes a la sociedad. En este sentido, el proceso penal, a diferencia del civil que pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, tiene como fin ejercer el “ius puniendi” del Estado para el restablecimiento del orden jurídico de naturaleza pública quebrantado.

En el proceso penal debe diferenciarse el derecho a castigar el delito, “ius puniendi”, de la acción penal que se concreta en el denominado “ius ut procedatur”.

El derecho de penar corresponde, únicamente, al Estado, que lo ejerce conforme con el principio de legalidad que se desarrolla en los arts. 25 CE y 1 y 2 del CP. También se anuncia en el clásico aforismo de “nullum crimen nulla poena sine lege” o en el más moderno de “nulla poena sine lege scripta et stricta”. Esta garantía legal se complementa con la necesidad de un proceso, primero de declaración y, posteriormente, de ejecución, en el que ejercitándose la acción penal, se condene a persona determinada a una pena, conforme lo dispuesto en los arts. 1 LECrim y 3 CP. No se impondrá, pues, pena alguna como consecuencia de actos punibles, sino de conformidad con las normas de la LECrim y en virtud de sentencia firme. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad, sino por medio de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

Por su parte, la acción penal es un derecho de naturaleza subjetiva pública, que corresponde a muy diversas personas y se concreta en la

reclamarse su tutela por la vía del recurso de amparo. El criterio del TC es acertado, pues, en otro caso, se convertiría el TC en forzado Tribunal de “última instancia” en todos los casos en que, quien perdiera el litigio, entendiera que se ha lesionado su derecho a la tutela efectiva. Y, lo que es más grave, para decidir sobre si existió o no tal lesión, el TC debería analizar la cuestión de fondo y juzgar sobre su adecuación al derecho material. Mas que su lesión no autorice a interponer recurso de amparo no significa que el derecho a la tutela concreta afirmada en la demanda no exista en absoluto, y que su reconocimiento y análisis no sea necesario si se desea entender la realidad de lo que en nuestro Derecho sucede y la propia dicción de nuestras Leyes materiales y procesales.

notificación al Juez de un hecho o “notitia criminis”. La acusación de un delito y la imposición de la pena corresponde formularla, con carácter previo, al Estado para su posterior declaración y ejecución por los órganos jurisdiccionales. Este derecho al proceso sólo comprende un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos. No alcanza siquiera a un derecho incondicionado a la apertura del proceso ni a su plena sustanciación.

CAPÍTULO 5

EL DERECHO PROCESAL COMO ORDENAMIENTO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y SUS FUENTES. LA LEGISLACIÓN JURISDICCIONAL ESPAÑOLA

1. DERECHO PROCESAL Y DERECHO MATERIAL.

La distinción entre Derecho procesal y Derecho material, sencillamente expuesta, es la siguiente: al Derecho material corresponde determinar si la persona que afirma un derecho subjetivo privado le corresponde o no (vg. si es propietario, si es comprador, etc.); mientras que al Derecho Procesal le corresponde determinar los restantes presupuestos del Derecho a la tutela jurisdiccional.

Las demás denominaciones que el Derecho procesal recibe no se adecuan a su contenido. Es erróneo hablar de Derecho sustantivo –aplicado al Derecho material– y Derecho formal –aplicado al Derecho procesal–. Existen, ciertamente, un buen número de normas que sirven para precisar la forma de los actos, pero otras afectan a asuntos de carácter sustantivo (lo son, desde luego, todas las que se refieren a los presupuestos materiales de la acción, pero también, a la prueba, a la cosa juzgada, etc.). De las demás denominaciones (Ley de Ritos, Ley Rituaria o Ley de Trámites), conviene prescindir, pues son expresiones desafortunadas y arcaizantes.

El Derecho procesal se encuentra regulado en las leyes de procedimiento (las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, de Procedi-

miento Laboral y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y también en leyes sustantivas que contienen normas de carácter procesal. En definitiva lo que determina la naturaleza de una norma no es su ubicación o denominación, sino dónde produzca efectos. De este modo, tienen carácter procesal determinadas normas que se hallan en leyes sustantivas. Por ejemplo, en materia de propiedad industrial, arrendamientos, propiedad horizontal, sociedades anónimas, etc.

2. CARÁCTER DE LAS NORMAS PROCESALES.

Las normas procesales son de orden público e improrrogables, lo que significa que no pueden modificarse a voluntad de las partes. Es decir, que no cabe un proceso convencional, o “ad hoc” regulado por las normas pactadas entre los litigantes.

No cabe, por ejemplo rehabilitar un plazo improrrogable ya caducado, aunque exista acuerdo entre las partes. Tampoco pueden las partes ni el Juez proceder a la averiguación de los datos precisos para conceder o denegar la tutela jurídica del modo en que le parezca más oportuno, sino precisamente del modo previsto por las Leyes procesales.

El carácter público de las normas procesales impone la obligación de su aplicación bajo la vigilancia y control de los tribunales, que deben velar por su aplicación (arts. 240.2 LOPJ y 227 LEC). Así se prevé en distintos preceptos: arts. 37, 38, 48 LEC. No obstante, que el Derecho procesal sea Derecho público no quiere decir que todas sus normas sean improrrogables: existen algunas que son derogables por la voluntad de las partes; o mejor: normas que solo son aplicables a falta de una voluntad diferente de los litigantes. Por ejemplo, las normas sobre competencia territorial tienen carácter dispositivo.

Por otra parte, cualquiera que sea el Derecho aplicable a la relación jurídica material deducida en juicio, los Jueces españoles deben aplicar siempre las Leyes procesales españolas. Así lo establece el art. 3 LEC que establece que, con la única excepción de lo previsto en Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL: EL DERECHO PROCESAL Y LA COSTUMBRE; ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA.

Las fuentes del derecho procesal no son distintas a las de cualquier otra rama del derecho, que conforme con el art. 1º CC son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Además, conforme con el art. 6.1 CC: “*la jurisprudencia complementará el Ordenamiento Jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el TS al interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”. Este relación debe explicarse conforme con el sistema constitucional vigente, de modo que dentro del concepto de Ley pero en un nivel superior, debe situarse la Constitución y la jurisprudencia emanada del TC que deben respetar tanto la Ley como la jurisprudencia de los tribunales de justicia (arts. 9.3 CE y 5 LOPJ).

3.1. La costumbre.

La costumbre no es fuente del Derecho procesal. En ningún caso, desde luego, “*contra legem*”, pero tampoco “*praeter legem*”. Fundamentalmente, porque aquellas hipotéticas repeticiones de conductas realizadas por las partes (mejor sería decir por sus Abogados o Procuradores) no se hacen con la conciencia de realizar Derecho (falta la “*opinio iuris seu necessitatis*”).

La ajeneidad de la costumbre respecto de la norma procesal se fundamenta, principalmente, en el carácter público e imperativo de las normas procesales. De modo que existe una prohibición general de sustituir o aun integrar el derecho procesal con la costumbre del lugar, sobre todo si, como consecuencia de la aplicación de la costumbre, resultaren mermados los derechos de las partes o de alguna de ellas.

Existen, eso sí, multitud de usos forenses (sustituir la vista oral por un escrito dirigido al Juzgado, nombrar depositario judicial al deudor cuando se embargan bienes muebles, etc.). Estos usos pueden tener ámbito nacional o local (pueden, incluso, referirse a un solo Juzgado: es

“usual” que cada Juzgado nombre a las mismas personas como peritos judiciales), pero nunca se ha pensado que estos usos pudieran elevarse al rango de norma jurídica. Si los usos son contrarios al Derecho, bien pueden llamarse “corruptelas”, que no por ser reiteradas adquieren validez.

La jurisprudencia del TC se refiere con alguna frecuencia los usos forenses, sobre todo en materia penal. En general, para desautorizarlos como corruptelas: v.g.: no es adecuada la práctica de dar por reproducida la lectura de la declaración sumarial, ni siquiera con consentimiento del acusado; ni una interpretación laxa del art. 730 LECrim, respecto a la lectura en juicio de las diligencias sumariales. También el TS se ocupa en alguna ocasión de los usos forenses para dejar claro que los Letrados deben conocerlos.

3.2. Los principios generales del Derecho.

Los principios generales del proceso son una fuente indirecta el derecho, que orientan al legislador a la hora de confeccionar la norma procesal futura, y al juzgador, al interpretar la Ley. La mayor parte de estos principios están incluidos en la Constitución. Concretamente, los arts. 15, 17, 18, 24, 25, 117, 120, 125 CE, como más significativos, establecen los derechos de aplicación a los procesos judiciales y, especialmente, al proceso penal. Así, el derecho a la libertad y a la seguridad, a la tutela judicial efectiva, a la intimidad personal y familiar, a un Juez ordinario predeterminado por la ley, a un juicio oral y público, y al ejercicio de las acciones en los procesos judiciales.

Sin embargo, no todos los principios se concretan en una garantía o derecho concreto. En este sentido, es conocida la distinción entre principios jurídico-naturales del proceso, que resultan consustanciales a cualquier clase de proceso: básicamente el de audiencia, igualdad y contradicción; y los principios jurídico-técnicos. Los primeros conforman el proceso estableciendo derechos y garantías. Los segundos, informan el proceso de modo que este puede adquirir formas y estructuras distintas todas ellas admisibles y respetuosas con los derechos fundamentales y garantías del proceso. En cualquier caso, estos principios inciden, en sentido general, en el correcto desarrollo del

proceso, que siempre debe observar pleno respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en el mismo.

3.3. La jurisprudencia.

En principio, no puede considerarse como fuente del Derecho procesal a la jurisprudencia, ya que su función no es crear Derecho, sino aplicarlo al caso concreto. No obstante, cuando forme una doctrina reiterada y constante, complementará el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC). Esta norma adquiere pleno significado y eficacia al ponerla en relación con el art. 477.3º LEC, que prevé como motivo de casación la oposición de la sentencia con la doctrina jurisprudencial del TS. Y, concretamente, en el proceso penal debe destacarse la gran fuerza innovadora del derecho de la Jurisprudencia, que en muchas ocasiones, ha determinado la modificación de la Ley para adaptarla a las nuevas necesidades del proceso penal, especialmente en el ámbito de los derechos y garantías. Dentro de las fuentes jurisprudenciales, además del TC y del TS, debe destacarse la gran importancia de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con base en el art. 10 CE, sirve de interpretación de los derechos y garantías contenidos en nuestra Constitución.

La importancia de la jurisprudencia en nuestro derecho es notable, aunque nuestro sistema no se basa en el precedente. Esto es así teniendo en cuenta la necesidad de hallar criterios judiciales sobre situaciones o supuestos que no se hallan expresamente regulados en la ley.

Aun cuando el art. 1.6 CC no hace referencia a los Tribunales Superiores de Justicia, debe tenerse presente que estos órganos judiciales –Sala Civil– también son, actualmente, creadores de jurisprudencia siempre que: 1) Se trate de resoluciones que de forma reiterada y uniforme conformen doctrina en identidad o fundamental analogía entre sí, siendo dictadas por las Salas Civiles con competencias casacionales, si bien en la parte de la resolución que interprete o aplique normas de Derecho Civil Foral o Especial de la Comunidad, quedando excluidas las demás materias –y entre ellas las de índole procesal–; y 2) Con el siguiente límite: su ámbito se restringirá al territorio de la Comunidad Autónoma, puesto que la competencia de los TSJ es, en primer lugar,

“ratione territoriae” y no “ratione materiae”, careciendo de jurisdicción fuera de dichos límites territoriales –art. 71 LOPJ–.

No son, en cambio, jurisprudencia –aunque en no pocas ocasiones se les dé notable valor– las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

La razón de su importancia radica en la relativa variabilidad del criterio judicial, que puede ser distinto en cada Audiencia Provincial, e incluso dentro de estas, en cada Sección de la Audiencia. Naturalmente, las diferencias no pueden afectar la esencia de la legalidad, pero pueden resultar significativas en materias en las que se permite la discrecionalidad judicial. Finalmente, ante criterios dispares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo debiera conducir a la unificación de criterios. Sin embargo, la restricción de la casación y la excesiva dilación de ese recurso permite la posibilidad de la variabilidad de criterios y resoluciones, por lo que es aconsejable al litigante el conocimiento de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial en la que se esté sustanciando el asunto.

4. LA LEY PROCESAL Y SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO.

La Ley procesal aplicable en cualquier tipo de proceso es la vigente en el momento de presentación de la demanda o la que se promulgue durante el desarrollo del proceso, cualquiera que sea la Ley material que deba ser aplicada. Esto no significa que la Ley procesal tenga efecto retroactivo, ya que en ningún supuesto cabe aplicar la “nueva” ley procesal a procesos ya terminados o a fases del proceso ya precluidas.

Lo que sucede es que, a diferencia de la relación jurídica deducida en juicio, a la que por haber nacido bajo el imperio de una Ley anterior es preciso aplicar sus preceptos (precisamente por la irretroactividad de la Ley), al proceso se le aplica la Ley vigente en el momento en que este se incoa (en cuanto a competencia, personalidad de las partes, etcétera). Esto es, con absoluta independencia de que deba aplicarse a una relación jurídica constituida al amparo de preceptos materiales que ya han sido derogados.

Ahora bien, una vez se haya iniciado el proceso con la presentación de la demanda, ya no podrá verse su tramitación afectada por modifi-

caciones legislativas, de carácter sustantivo, que se produzcan antes de su terminación (“lite pendente nihil innovetur”).

Las cuestiones de Derecho intertemporal, que se planteen respecto de la vigencia de normas procesales, debe regirse por las disposiciones que suele incluir la Ley modificadora. Resulta necesario que al ser el proceso un fenómeno que se desarrolla en el tiempo, las Leyes procesales, que derogan o modifican las antiguas, incluyan los criterios que deban seguirse respecto de los procesos en curso. La reglas generales de derecho transitorio pueden resumirse así: a) En cuanto a los actos procesales ya realizados, no les afectará la nueva ley. b) Si el proceso se encontrase en la fase de juicio o de recurso, no será posible la aplicación de una nueva ley procesal, dada la naturaleza unitaria y compacta de estas fases.

Así sucedió con la LEC 1/2000, que incluyó normas transitorias para la aplicación de la ley procesal según las distintas fases de los procesos que se estuvieren sustanciando al tiempo de entrada en vigor de la Ley (véanse las disposiciones transitorias de la citada Ley). Respecto a la LECrim, la importante reforma operada por la Ley 38/2002 estableció dos normas concretas: 1ª Los procesos incoados antes de la entrada en vigor de la ley se seguirán sustanciando con arreglo a las normas vigentes al inicio del proceso; 2ª El régimen de recursos previsto en la ley se aplicará a las resoluciones judiciales que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor. El fundamento de estas disposiciones cabe hallarlo en la clase de procesos que modifica esta regulación: rápidos de breve tramitación, en los que resulta preferible la aplicación unitaria de la regulación con la que se iniciaron durante la fase de instrucción y de juicio oral. Sin embargo, los recursos se sustanciarán con arreglo a la nueva regulación. La Ley 15/2003, que modifica el Código Penal, así como distintas normas de la LECrim, también prevé normas de derecho transitorio respecto a la aplicación de la ley en la sustanciación de los recursos de apelación y casación que se estuvieren sustanciando al tiempo de entrada en vigor de la ley

5. LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico (art. 5. 1 LOPJ), y a ella deben acomodarse la totalidad de las Leyes y

demás normas jurídicas (anteriores y posteriores). Quiere esto decir, como reiteradamente ha afirmado el TC, que todo el Ordenamiento Jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del Ordenamiento Jurídico (STC 112/1989, de 19 de junio).

Además, la Constitución es norma de aplicación directa por los Jueces, de suerte que, en cualquier tipo de proceso, deben interpretar ellos mismos las Leyes según los preceptos y los principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ). Esto, que en nuestro Derecho es una incontrovertible realidad legal, podría ser doctrinalmente discutido, pues la aplicación directa de la Constitución puede plantear problemas técnicos específicos.

También es fuente del Derecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (5.1 LOPJ). Más aún, como viene redactado en la LOPJ, resulta que la jurisprudencia del TC sería la primera fuente del Derecho, pues los Jueces deben interpretar la Constitución como la interpreta el Tribunal Constitucional. La dicción legal es, quizá, algo excesiva, y puede resultar peligrosa. Por dos razones: a) La LOPJ, se refiere a la interpretación del TC en todo tipo de procesos (civiles, penales, etc.). Y sabido es que, por razones técnicas, las decisiones dictadas en los diversos órdenes jurisdiccionales pueden tener distinto alcance. De hecho, el TS ha venido repitiendo que las sentencias dictadas por los demás órdenes jurisdiccionales no son aplicables al civil. b) Resulta difícil precisar qué debe entenderse por jurisprudencia del TC. Como es sabido, en las sentencias se contienen ciertos fundamentos de hecho y ciertos fundamentos de Derecho. Claro es que lo contenido en los fundamentos de hecho no forma jurisprudencia. Pero incluso en los fundamentos de Derecho, debe distinguirse drásticamente entre lo que es “ratio decidendi” y “obiter dicta”. En sentido propio, solo es jurisprudencia los razonamientos y declaraciones que forman “ratio decidendi” y no “obiter dicta”, aunque separar unos de otros no sea fácil. Además, resulta arriesgado convertir en primera fuente del Derecho “*lo que resulte de las resoluciones dictadas por el TC*” (5.1. LOPJ), en las que pueden contenerse declaraciones contradictorias o declaraciones que deben ser muy matizadas, pues solo se entienden en el contexto en que la sentencia ha sido dictada.

En su afán de que esta absoluta prioridad de la Constitución –interpretada como lo hace el Tribunal Constitucional– sea mantenida, la LOPJ establece una serie de mecanismos de notable eficacia: a) Si cualquier Juez o Tribunal entiende que una determinada norma con rango de Ley, aplicable al caso concreto y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el TC. Es esta la llamada “cuestión de inconstitucionalidad” (art. 5.2 LOPJ). En todo caso, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad procede solo cuando, por vía interpretativa, no sea posible acomodar la norma al Ordenamiento constitucional. b) En todos aquellos procesos en los que quepa recurso de casación frente a la sentencia, el recurso puede fundarse directamente en la infracción de un precepto constitucional (art. 5.4. LOPJ). En este caso, la competencia corresponde, siempre, al TS, aunque en principio estuviera atribuida a un Tribunal Superior de Justicia (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 33; STC 62/90, de 29 de marzo). c) Los Jueces pueden anular normas inferiores a la Ley (Reglamentos, ordenes, etc.) y velarán en todo caso por el principio de jerarquía normativa. d) La Constitución vincula directamente y en su integridad a todos los Jueces y Tribunales. e) En especial, se protege los derechos reconocidos en el art. 53.2 CE.

6. LA LEY.

La principal fuente del Derecho Procesal, al margen de la Constitución, es la Ley; tanto las de carácter orgánico como las ordinarias.

6.1. La Ley Orgánica del Poder Judicial.

La LOPJ, promulgada el día 1 de julio de 1985 y reformada notablemente en varias ocasiones, la última por LO 19/2003. Esta es una Ley de gran incidencia en el derecho procesal al regular la organización jurisdiccional española, los repartos de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales, la situación de los Jueces y su ascenso, y la composición de los órganos jurisdiccionales. Contiene también, determinados preceptos que se refieren a las actuaciones y resoluciones judiciales de aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales.

6.2. Los estatutos de autonomía.

El art. 149.1 CE dispone que la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado, pero añade: “*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”, lo que viene a significar que la fuente no es solo la Ley estatal, sino también, en su caso, las de las Comunidades Autónomas. Así, el art. 9.3 del EAC, al igual que en el del País Vasco y la del resto de los Estatutos que asumen competencias en materia de Derecho sustantivo civil Foral o Especial, prevén que sus Asambleas o Parlamentos puedan legislar sobre la materia procesal derivada de dichas especialidades (arts. 10.6 EAPV, 27.5 EAG, arts. 31.3 EACV, 11.2 EAB).

Sobre los límites respecto de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, cabría mantener dos posiciones: a) Entender que la especialidad que justifica la legislación procesal autonómica posibilita un campo de actuación lato que abarcaría cualquier aspecto y normas procedimentales relacionadas con la legislación sustantiva propia de las Comunidades Autónomas respectivas (creando, en realidad, una Ley procesal propia en las Comunidades Autónomas). En dicho sentido, véase la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia. b) Pensar que la regulación procesal o la vía a través del cual deben ejercitarse las acciones, continuará siendo de exclusiva competencia del Estado –art. 149.1.6 CE– si bien la elección de cuál ha de ser el procedimiento o su modo de hacer efectivo podrá establecerse por Ley Autonómica mediante una remisión a la legislación del Estado o creando determinadas especialidades procedimentales –y en lo referente al Derecho civil Foral o Especial–. Esta opción parece más razonable y acorde con los límites constitucionales establecidos en el art. 149.1.6.

Esta primera posibilidad de competencia procesal autonómica no se agota, sino que constituye el punto de partida de las posibles especialidades en materia procesal. Así, y en cuanto a las condiciones previas de la pretensión, sí pueden las Comunidades desarrollar una normativa propia. Exponente, lo es el art. 1 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, desarrollando el concepto y requisitos de la acción negatoria en Cataluña.

Por lo expuesto, creemos que la competencia procesal en relación con las especialidades del Derecho sustantivo civil por parte de las Comunidades Autónomas que hayan asumido esta competencia tiene la siguiente extensión y límites:

1) No pueden crearse procedimientos ni establecer una regulación propia en materia de recursos, aunque los mismos se agoten dentro de los órganos judiciales radicados en el territorio. 2) El desarrollo procedimental derivado de las especialidades de su Derecho Civil, Foral o Especial habrá de integrarse por remisión a las Leyes del Estado. 3) En cambio, podrán singularmente establecer o fijarse las condiciones del ejercicio de las acciones (investigación de paternidad, pago de legítimas, etc.) pues con ello en modo alguno se invade o cercena la exclusiva competencia del Estado regulada en el art. 149.1.6 CE, que no debe entenderse como “exclusiva” en sentido absoluto.

6.3. La Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal: antecedentes y estructura.

6.3.1. La Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 regula los procesos civiles. Esta Ley es heredera de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y aún antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y sobre los Negocios y Causas de Comercio, de 24 de julio de 1830. En la LEC de 1881 se contenía la codificación de nuestro Derecho histórico, incluidas las Partidas, ya que, a diferencia de otros códigos, nuestra LEC no recibió influjo ninguno de las Leyes de Enjuiciamiento Civil europeas (por ejemplo de la ZPO alemana, promulgada en 1877 y reformada en 1950). La LEC perduró durante más de un siglo hasta que ha sido sustituida por la LEC 1/2000. Un nuevo código procesal en el que, sin perjuicio de conservar en lo esencial la estructura de nuestro derecho procesal histórico, el legislador aprovechó para convertir en norma jurídica la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de las normas procesales que había venido dictando durante el último siglo. También se introdujeron normas destinadas a mejorar la sustanciación de los procesos judiciales y las garantías de las partes en el proceso. A ese fin, entre otras cuestiones,

la LEC 1/2000 garantiza la recurribilidad de todas las sentencias dictadas en los procedimientos judiciales, cualquiera que sea la cuantía; la oralidad y exige la plena inmediación judicial en las vistas y la práctica de la prueba en los procesos judiciales civiles.

Se estructura en cuatro libros referentes: – disposiciones generales relativas a los juicios civiles, que se aplican a todos los procesos en tanto que la LEC es ley procesal común; – los procesos declarativos; – la ejecución forzosa y las medidas cautelares; y – los procesos especiales.

Desde su aprobación la LEC ha sido objeto de diversas reformas menores que han ido adaptando su contenido al de otras Leyes, con relevancia procesal, aprobadas tras la promulgación de la LEC. Entre estas la Ley concursal o la Ley de arbitraje ambas aprobadas en 2003. De más calado ha sido la reforma de la LEC que ha tenido lugar por la Ley 19/2003. Esta Ley ha reformado profundamente y extensamente todo el redactado de la LEC para atribuir al Secretario judicial importantes competencias en la tramitación de los procesos judiciales.

6.3.2. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

La principal fuente del Derecho procesal penal es la Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Con esta Ley, el Código de Comercio y el Código Civil, finalizó la evolución codificadora desarrollada durante el s. XIX, de la que fue punto de partida la Constitución de Cádiz, que en el Título V reguló los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo criminal y estableció los principios básicos del futuro sistema.

La promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supuso plasmar en nuestro Ordenamiento procesal penal la vigencia del sistema acusatorio mixto, desterrando el sistema inquisitivo. El sistema acusatorio se instauró no solo mediante la celebración del juicio oral y público, sino llevándolo también en cierta medida hasta la fase de instrucción, según la Exposición de Motivos de la precitada Ley. Dicha forma acusatoria ha venido posteriormente consagrada en nuestra Constitución, en el art. 24. La LECrim consta de 998 artículos, divididos en siete libros, que a su vez se subdividen en títulos y capítulos.

CAPÍTULO 6

HECHOS Y ACTOS PROCESALES

1. INTRODUCCIÓN.

El proceso puede definirse como una sucesión de actos de naturaleza procesal realizados por las partes o por el órgano jurisdiccional, que producen los efectos jurídicos previstos en Ley. La nota de voluntariedad del acto procesal sirve para diferenciarlo de los hechos procesales, ya que estos producen efectos jurídicos en el proceso con independencia de la voluntad de su causante.

La LEC regula las actuaciones judiciales en los arts. 129 a 235 y, específicamente, las resoluciones judiciales en los arts. 206 a 224. Esta regulación tiene vocación de ser la ley procesal común para todos los procesos que se susciten en cualquier orden jurisdiccional. A este fin, la disposición final 17ª de la LEC estableció un régimen transitorio respecto a determinadas normas que pueden entrar en colisión con las previstas en la LOPJ (arts. 229 a 278 LOPJ). Aunque la LO 19/2003 adaptó los preceptos de la LOPJ conforme con las normas de la LEC. De modo que en la actualidad coexisten la regulación de la LOPJ y la de la LEC sin que se produzcan discordancias, teniendo en cuenta la idéntica regulación contenida en ambas leyes.

La Ley no distingue entre hechos y actos procesales a los que suele ser habitual referirse de un modo conjunto sin distinguir entre ellos. Pero en realidad, los hechos y los actos procesales no forman una misma categoría ni pueden ser tratados de la misma manera por tener dis-

tintas características. Entre estas, la esencial es la nota de voluntariedad del acto procesal que sirve para diferenciarlo de los hechos procesales que se producen con independencia de la voluntad de su causante.

Los actos procesales son la manifestación de la voluntad de las partes y el órgano jurisdiccional con objeto de ejecutar lo preceptuado por la Ley para la sustanciación del proceso judicial. Todos los actos procesales hallan acomodo en las normas legales que prevén su realización con la finalidad de cumplir con todos los trámites para la obtención de una resolución definitiva que dirima la controversia (v.g. son actos procesales la interposición de la demanda, la celebración de la audiencia previa, la proposición y práctica de prueba o el auto que desestima la declinatoria).

Por su parte, los hechos procesales son los eventos a los que, con independencia de que hayan sido o no queridos por las partes o por el órgano jurisdiccional, el ordenamiento otorga relevancia jurídica en la tramitación del proceso (v.g. se consideran hechos procesales el transcurso del tiempo unido a los principios de ordenación del proceso y de preclusión; la muerte de cualquiera de los intervinientes en el proceso, que provoca un cambio de partes o del Procurador; la ignorancia del domicilio de alguno de los intervinientes en el proceso, que posee repercusión sobre el modo de practicar las notificaciones; o la imposibilidad de que un magistrado asista a la votación de un asunto).

2. CLASES DE ACTOS PROCESALES.

Los actos procesales pueden clasificarse en función del sujeto que los realiza o de su contenido. Por su contenido, los actos procesales se clasifican distinguiendo entre: *a)* declaraciones de conocimiento; *b)* declaraciones de voluntad; y *c)* manifestaciones de voluntad¹. Por

1. Las declaraciones de conocimiento consisten en una expresión de un conocimiento o ciencia (v.g. declaración de los testigos, admisión de los hechos alegados por la parte contraria, etc.). Por su parte, las declaraciones de voluntad comprenden aquellos actos volitivos con eficacia procesal directa (v.g. allanamiento, renun-

el sujeto que los realiza, los actos pueden clasificarse en: a) actos de parte; y b) actos del órgano jurisdiccional.

2.1. De parte.

Los actos de alegación de las partes en el proceso servirán para formular sus peticiones de tutela judicial. Estas peticiones o alegaciones se pueden concretar, según el momento procesal en que se produzcan, en actos de petición, de prueba o de conclusiones. Mediante estos actos procesales la parte formula sus pretensiones, ya sea con carácter inicial, o bien durante el proceso.

Son actos de alegación inicial: la demanda o la contestación, en las que se harán constar las respectivas pretensiones de condena (o de declaración o constitución de un derecho) y de absolución (véanse los arts. 399 y 405 LEC). En el proceso penal, la querrela (arts. 270 y ss.). También se incluirían en esta clase de alegaciones los recursos, mediante los que la parte procesal formula una pretensión impugnatoria consistente en la revocación de la resolución impugnada, desfavorable a sus intereses y su sustitución por otra distinta que le sea beneficiosa (arts. 448 y ss. LEC, y 216 y ss., 790 y ss. y 846.bis.a) y ss. LECrim).

Los actos de prueba y de conclusiones se producirán durante el curso del proceso. Los primeros tienen por objeto la realización de los actos conducentes a acreditar la veracidad de los hechos afirmados por la parte, que deben conducir al éxito de su pretensión (arts. 429, 281 a 292 y 299 a 384 LEC, y 688 y ss. LECrim). Los segundos se producirán al final del juicio oral, se formularán oralmente y con ellos la parte relacionará las peticiones con la prueba practicada para solicitar la estimación de su pretensión (arts. 433.2 LEC, 740 y 788.3 LECrim).

cia, sumisión expresa, etc.). Finalmente, las manifestaciones de voluntad son actos volitivos que se expresan mediante una determinada conducta de las partes (v.g. la interposición de la demanda manifiesta la voluntad de someterse tácitamente a un determinado órgano judicial, la caducidad, que implica una ausencia de conducta, etc.).

Finalmente, los actos de impugnación tienen por finalidad permitir a las partes hacer valer su derecho a recurrir las resoluciones judiciales que les perjudiquen, utilizando para ello el sistema de recursos previsto en la Ley a ese fin. Véase sobre esta cuestión, los arts. 451 y ss. LEC, y 216, 790 y 846.bis.a) LECrim.

2.2. Del Tribunal. Las resoluciones judiciales.

Los órganos jurisdiccionales pueden realizar actos de tres clases: a) gubernativos, que sirven para organizarse internamente dentro de los límites que marca la Ley; decidir y ejecutar los asuntos que se sometan a su consideración; b) sancionadores, mediante los cuales los tribunales hacen uso de la potestad sancionadora que les confieren, entre otros, los arts. 247 LEC y 448 y ss. de la LOPJ; c) jurisdiccionales, que son aquellos actos de decisión que se dictan en el curso de un proceso en el ejercicio de la jurisdicción.

Los actos gubernativos o sancionadores adoptan la forma de “acuerdos”. En estos casos, la función que lleva a cabo el órgano jurisdiccional es administrativa y puede ser revisada mediante el recurso contencioso-administrativo.

Los actos jurisdiccionales pueden adoptar la forma de providencias, autos y sentencias (arts. 244.1 LOPJ y 206 LEC). Estas resoluciones son susceptibles de revisión mediante los recursos y medios de impugnación previstos en la Ley (art. 245 de la LOPJ).

Las resoluciones indicadas se documentarán, como regla general, por escrito. Pero, como consecuencia del sistema de juicio oral establecido tanto en la LEC como en la LECrim, la ley prevé que las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento. Estas resoluciones orales se deberán documentar posteriormente. En cuanto a su impugnación, el art. 210.2 in fine LEC determina que: “*el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada*”. Por lo tanto, no se exceptiona el régimen general respecto a la interposición del recurso por escrito. La posibilidad de dictar resoluciones orales no se aplica, sin embargo, a

la sentencia, que en ningún caso pueden dictarse oralmente, sino por escrito (art. 210.3 LEC)².

Las providencias tienen por objeto la ordenación material del proceso, según establecen los arts. 206.1.1 LEC y 245.1 LOPJ. Por medio de esta resolución judicial se impulsa la tramitación del proceso limitándose su contenido a lo ordenado por el Juez (art. 141 LECrim). Por esta razón, no precisa de motivación, aunque podrán ser sucintamente motivadas cuando así se estime conveniente (arts. 208.1 LEC y 248.1 LOPJ). Este tipo de resoluciones se referirá a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, siempre que la ley no exija la forma de auto (art. 206.1.1 LEC).

Las diligencias de ordenación comparten finalidad, y cierta similitud con las providencias. Sin embargo, deben distinguirse, ya que son dictadas por el Secretario, no por el Juez, y tienen por objeto resolver los actos de ordenación formal del proceso, dando a los autos el curso ordenado por la Ley (arts. 206.2.1 LEC y 456 LOPJ). A ellas nos referimos en el siguiente epígrafe.

Los autos tienen por objeto la resolución de los incidentes y los puntos esenciales del proceso, con excepción de la decisión definitiva sobre el mismo. La ley opta por establecer una relación casuística de las reso-

2. Sin embargo, esa norma general queda alterada en el supuesto de las resoluciones sobre la admisión de la prueba que se producirán en la audiencia previa de conformidad con el art. 429 LEC para el juicio ordinario, y en la vista para el juicio verbal del art. 443.4 LEC. Sobre ese particular, el art. 285.1 LEC dispone que: *“1. El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. 2. Contra esa resolución solo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”*. Y el art. 287 LEC, sobre la denuncia de la ilicitud de la prueba, prevé que esta cuestión se resolverá en el acto del juicio antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. Contra la resolución, que se dictará oralmente, cabe recurso de reposición que se interpondrá y sustanciará en el mismo acto del juicio o en la vista. En estos supuestos el recurso de reposición se interpondrá, sustanciará y resolverá en el acto de conformidad con lo previsto en la Ley (véase sobre esta cuestión, la Lección 27).

Igual sucede con la denominada *“protesta”* que como impugnación oral podrá hacer valer la parte frente a la inadmisibilidad de las pruebas propuestas en el acto del juicio, al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (véase sobre esta cuestión, la Lección 23).

luciones judiciales que deban adoptar forma de auto (arts. 206.1.2 LEC y 245.1 LOPJ).

En el proceso civil la ley dispone que se adoptarán forma de auto las siguientes resoluciones: las que decidan sobre: los recursos frente a providencias, autos o Decretos cuando resuelvan sobre la admisión o inadmisión de la demanda, reconvención y acumulación de acciones, admisión o inadmisión de prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez e las actuaciones (206.2.2 LEC). También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de éstas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto (art. 206.1.1.2º LEC).

Más allá de la concreta regulación legal, el tribunal resolverá por auto todas aquellas cuestiones que afectan de manera directa y esencial a los intervinientes en el proceso y a los actos esenciales del proceso. En consecuencia, dada la importancia de las cuestiones que resuelve, la ley exige que lo autos estén fundados y contengan los hechos y los fundamentos de derecho en los que el Tribunal basa su decisión (arts. 208.2 LEC y 248.2 LOPJ).

Finalmente, la sentencia pone fin al proceso en primera o segunda instancia una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley, decidiendo sobre el asunto planteado [arts. 206.1.3º LEC y 245.1.c) LOPJ]. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes (art. 206 2.3ª LEC). La sentencia se constituye, por tanto, en la resolución judicial en la que, además de un razonamiento o juicio sobre las peticiones deducidas por las partes, se contiene la declaración de la voluntad del órgano jurisdiccional resolviendo el asunto en el proceso civil, con la declaración que proceda en nombre del Estado.

La sentencia la dictará el titular del órgano jurisdiccional, sea un Juez unipersonal, o colegiado, cumpliendo la función constitucional que tienen encomendada de ejercitar la potestad jurisdiccional (art.

117.3 CE). En cualquier caso, fallará el asunto y dictará la sentencia el Juez o los Magistrados que hubieren asistido a la vista del juicio, aunque ya hubieren dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que hubiere conocido del asunto (art. 194.1 LEC).

Las sentencias emanadas de un tribunal colegiado las redactará el Magistrado Ponente designado para el asunto (arts. 203 LEC)³. A este fin tendrá a su disposición los autos –art. 251 LOPJ y 195 1 LEC–. Una vez redactada, la sentencia será firmada por el Juez, e incorporada a los autos (arts. 259 LOPJ y 204 LEC). También se insertará en el Libro de Sentencias, que existirá en cada Juzgado, que será llevado por orden cronológico bajo la custodia del Secretario (ars. 265 LOPJ y 213 LEC) y al que podrá tener acceso cualquier interesado (art. 266.1 LOPJ), pues las resoluciones y demás actuaciones judiciales son, como regla, públicas (arts. 212 LEC y 232 LOPJ).

La forma y contenido de la sentencia se regulan de forma específica. Su importancia radica en que es el instrumento esencial mediante el que los tribunales dictan el derecho aplicable al asunto. La sentencia siempre se dictará por escrito en el proceso civil, sin que puedan dictarse sentencias orales (art. 210.3 LEC). Ello sin perjuicio de que el tribunal pueda pronunciar oralmente una sentencia documentada por escrito (art. 210 1 LEC). Pero, en el proceso penal la Ley permite, en determinados supuestos, dictar sentencias de forma oral, sin perjuicio de su posterior redacción por escrito. Este es el caso previsto en el art. 789.2 LECrim para el procedimiento abreviado; art. 801.2 LECrim para la sentencia dictada por el Juez de instrucción en funciones de guardia en el procedimiento de enjuiciamiento rápido, y en el art. 973 LECrim para el juicio de faltas.

3. Cuando deba ser un órgano colegiado el que tenga que dictar sentencia, se constituirá en Sala para deliberar y votar. Las sentencias deberán dictarse, en estos casos, por mayoría absoluta de votos –arts. 253 a 264 de la LOPJ y 194 a 202 LEC–. Adquiere especial relevancia en estos supuestos la figura del Magistrado Ponente, puesto que a él le corresponde el estudio específico del asunto y la proposición del contenido de la sentencia –arts. 203 a 206 LOPJ–. El procedimiento para la elaboración de la sentencia será el siguiente: a) Deliberación (arts. 253 LOPJ y 196 LEC); b) Votación (arts. 254 a 263 LOPJ y 198 a 200 LEC); c) Redacción (arts. 205.5 LOPJ y 203 LEC); d) Firma (arts. 248.3 y 259 a 261 LOPJ y 204 LEC); e) Publicación (arts. 205.6, 265 y 266 LOPJ y 212 LEC); y f) Registro de sentencias (art. 265 LOPJ y 213 LEC).

La sentencia constará de la siguiente estructura (arts. 248.3 LOPJ y 209 LEC).

1. –*Encabezamiento*, en el que deben señalarse el lugar, fecha y el Juez o Tribunal que la dictan; el nombre y domicilio de las partes y el carácter con que litigan; el nombres de los Abogados y Procuradores intervinientes; el objeto del pleito; y, en su caso, el nombre del Magistrado Ponente.

2. –*Antecedentes de hecho*, en los que se deben expresar resumidamente las pretensiones de las partes y las alegaciones que han deducido. También es habitual que se incluya un último antecedente de hecho “de estilo” y sin valor vinculante donde se expresa que se han observado al dictar sentencia todas las prescripciones legales. Se quiere así hacer constar que el Juez o Tribunal ha realizado un control de oficio de todas las normas procesales aplicables.

Además, en sentencia penal se incluirá también un relato de hechos probados, que resulten de la prueba practicada, que viene exigido por el art. 142 LECrim. Relato de hechos que no se exige en la sentencias civiles, a pesar de que el art. 209.2, “in fine”, LEC dispone que la sentencia contendrá, en su caso, los hechos que hubieren resultado probados. Así lo ha declarado el TS en sus SSTS de 28 de diciembre 2006 (RAJ 9906) y 16 de noviembre de 2006 (RAJ 8129).

3. –*Fundamentos de derecho*, que deben reflejar los argumentos jurídicos que utiliza el órgano jurisdiccional para resolver el objeto del proceso, con cita de las Leyes y doctrinas que se consideran aplicables al caso. Es en esta parte de la sentencia donde debe exponerse la valoración jurídica de los hechos probados, sobre los que debe aplicarse la norma jurídica que se considere adecuada y que no tienen por qué haber sido calificada acertadamente por los litigantes (art. 218.1.II LEC).

Esta motivación debe ser “razonable y suficiente”, para evitar que la sentencia aparezca como un mero acto de voluntarismo del órgano jurisdiccional (STC 48/1993, de 8 de febrero) y conocer los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, de ese modo, favorecer el uso por la parte de los recursos legalmente establecidos. Ahora bien, este deber de motivar las sentencias no exige del órgano jurisdiccional una exhaustiva descripción del *iter* intelectual que le ha conducido a dictar la resolución, sino que basta con que conste, de un modo claro, el motivo jurídico de la decisión adoptada.

4. *–Fallo o parte dispositiva.* Constituye la parte final de la sentencia, en la que se estima o desestima la demanda. Con gran insistencia en lo obvio, desea la Ley que sea clara, precisa y congruente con las peticiones deducidas y que se pronuncie sobre todas las cuestiones planteadas oportunamente en el proceso (arts. 218 LEC y 142 LECrim). Aunque, la Ley autoriza, en determinados supuestos de dificultad de precisar el importe total de la condena, a que en la sentencia se contengan las bases para el cálculo de la condena, en lugar de la cantidad concreta de la condena (art. 219 LEC).

La congruencia es un principio procesal que viene determinado por la adecuada correlación entre el contenido de la sentencia que ponga fin al proceso y las peticiones de las partes, que determinan el límite y facultades del Tribunal en orden a la determinación de los correspondientes pronunciamientos. Así lo establece el art. 218 LEC que dispone que: *“las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”*. La infracción de este principio puede producirse por otorgar en exceso con relación a lo solicitado (“incongruencia ultra petita”), por otorgar cosa distinta a la pedida (“incongruencia extra petita”) o por omisión de pronunciamiento. En cualquiera de los casos, el vicio puede ser impugnado por medio de los recursos previstos en la Ley.

Finalmente, en todas las resoluciones judiciales se contendrá un apartado final en el que se indicará si son firmes o no y, si no lo son, qué recursos caben frente a ellas, ante qué órgano deben interponerse y cuál es el plazo para hacerlo. Este es un requisito exigido por la Ley (arts. 248.4 LOPJ y 208.4 LEC), pero su omisión no vicia la resolución, puesto que en ese caso el defecto deberá ser suplido por el Letrado de la parte interesada, que habrá de conocer los recursos que caben según lo establecido en la Ley (STC36/1989, de 14 de febrero). Cuestión distinta es que el Juez o el Tribunal indique equivocadamente que frente a la resolución judicial caben unos recursos y no otros. En este caso: a) la parte no queda vinculada por la errónea indicación del Juez o Tribunal y tendrá derecho a que se sustancien los recursos que corresponden según Ley; b) la resolución podrá ser anulada si induce a la parte litigante

a un error que no sea fácilmente detectable por ella misma o por su Letrado (STC 169/1992, 26 de octubre).

2.3. Funciones y actos procesales del Secretario judicial.

El Secretario judicial realiza una importante actividad procesal en el sistema de administración de justicia, que desempeña con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica del órgano jurisdiccional (art. 452 LOPJ). Las funciones del Secretario judicial tienen un amplio contenido que se ha visto reforzado en la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, que ha introducido un nuevo modelo de oficina judicial. En su virtud se ha optado por otorgar nuevas competencias procesales al Secretario judicial para potenciar, especialmente, su intervención en la tramitación de los procesos, dejando a salvo los supuestos que afecten a la función estrictamente jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que conforme a la CE –art. 117.3– y a la LOPJ –art. 2.1–, competen a los Jueces y Tribunales como función propia y exclusiva.

El Preámbulo de la Ley 13/2009 explica que: “Se trata, en síntesis, de que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios judiciales. .../... La racionalización de esfuerzos permitirá diseñar y crear un modelo de Oficina judicial compuesta de las dos unidades previstas por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales. De este modo, el Secretario

judicial, cuando se encuentre al frente del servicio común de ordenación del procedimiento, estará en mejores condiciones para impulsar el procedimiento, permitiendo que el Juez o Tribunal pueda dictar las resoluciones de fondo en tiempo y forma. Y para que esto ocurra es indispensable que se lleve a efecto la reforma de las leyes procesales de modo que a los Secretarios judiciales les sean atribuidas no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma.”

Entre las funciones del Secretario judicial se hallan las siguientes:

- Ejerce, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial en las actuaciones procesales. En su virtud, el Secretario judicial dará fe, por sí o mediante el registro correspondiente, de cuyo funcionamiento será responsable, de la recepción de escritos con los documentos y recibos que les acompañen, expidiendo en su caso las certificaciones que en esta materia sean solicitadas por las partes.
- Dejará constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal, mediante las oportunas actas y diligencias cualquiera que sea el soporte que se utilice (Véase respecto a la documentación de las actuaciones el § 3.3.1 de este Capítulo).
- Expedirá certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes, con expresión del destinatario y el fin para el cual se solicitan; d) Autorizará y documentará conforme a lo previsto en el artículo 24 de esta ley el otorgamiento de poderes para pleitos. En el ejercicio de estas funciones no precisará de la intervención adicional de testigos (art. 145 LEC).
- Los Secretarios Judiciales responderán de la debida formación de los autos dejando constancia de las resoluciones que dicten los Tribunales, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley. Igualmente responderán de la conservación y custodia de los mismos, salvo el tiempo en que estuvieren en poder del Juez o Magistrado ponente u otros Magistrados integrantes del Tribunal (art. 148 LEC).

Además de las competencias expresadas, la Ley 13/2009 ha atribuido a los Secretarios judiciales nuevas e importantes funciones que re-

fuerzan la figura del Secretario judicial en la tramitación del proceso. Entre otras, destacan la siguientes competencias:

– Con relación al inicio del proceso, corresponderá al Secretario, mediante Decreto, admitir a trámite la demanda y, en su caso, la acumulación de acciones. Esta norma es aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el orden penal en el que, por razón de la naturaleza de los derechos afectados, corresponderá siempre al órgano jurisdiccional decidir sobre la admisión de la denuncia o querrela.

La inadmisión, sin embargo, es una decisión que corresponderá adoptar al Juez. A ese fin el art. 404.2 LEC dispone que el Secretario dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión de la demanda en los siguientes casos: 1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o 2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario judicial.

La atribución de esta competencia al Secretario se justifica por el hecho de que la norma general de la LEC es la de la admisión de la demanda que únicamente podrá inadmitirse: “... *en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley*”. art. 403.1 LEC. Efectivamente, la Ley sólo exige la comprobación de ciertos requisitos formales (la falta de presentación de poderes de representación procesal, la carencia de postulación o defensa obligatorias, la falta de presentación de documentos que fueren necesarios, la ausencia de indicación de la cuantía en la demanda, etc.) y el examen de la jurisdicción y competencia objetiva y territorial, lo que, en la mayoría de los supuestos no es más que una mera comprobación material. En caso de posibles errores en la apreciación de la jurisdicción y competencia por parte del Secretario judicial, se podrán corregir por medio de la declinatoria interpuesta por el demandado y, en todo caso, por el control de oficio que en cualquier momento del procedimiento puede realizar el Juez o Tribunal en los términos establecidos en la Ley.

También se atribuye al Secretario la competencia para la admisión de las demandas de tercería de dominio y en los escritos iniciadores de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, división de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, según la Exposición de Motivos de la Ley, en estos casos se ha optado

por una interpretación amplia del precepto de manera que la expresión “admitida la demanda” comprenda la admisión tanto del Secretario judicial como del Juez o Tribunal según los casos.

Se excepciona no obstante la admisión de la demanda ejecutiva, por corresponder al Tribunal, en su mandato constitucional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, el dictado de la orden general de ejecución, así como la del juicio cambiario, porque su simple admisión conlleva la adopción de determinadas medidas ejecutivas que deben corresponder al Juez en la medida en que afecta a derechos patrimoniales.

– A los efectos de mejorar la administración de justicia, se ha introducido en todas las leyes procesales una nueva regulación relativa a los señalamientos de toda clase de vistas. Corresponderá a los Secretarios señalar, de acuerdo con las disponibilidades del sistema, la organización de la oficina judicial, la coordinación con el Ministerio Fiscal cuando proceda y con las directrices recibidas del Presidente del Tribunal o del titular del órgano judicial correspondiente, la fecha y hora de las vistas o trámites. Estos señalamientos se realizarán desde un servicio centralizado y gestionando una “agenda programada” de señalamientos (art. 182 LEC).

– Se atribuye a los Secretarios judiciales la competencia para conocer de la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados (art. 456.3.a. LOPJ)⁴.

– Con relación al juicio monitorio, se atribuye al Secretario judicial la competencia para admitir el escrito inicial del procedimiento. Sólo deberá dar cuenta al Juez cuando estime que no concurren los requisitos para su admisión. Por otra parte, se establece la terminación de este procedimiento por decreto cuando se acuerde el archivo por pago, por quedar expedito el proceso de ejecución, por conversión en juicio verbal, por sobreseimiento al no formular demanda de juicio ordinario dentro del plazo y por la transformación en juicio ordinario. Termina-

4. Resulta destacable la previsión legal, introducida en la Ley 13/2009, que permite la posibilidad de efectuar pujas mediante el uso de las redes electrónicas. Estas se realizarán bajo la dirección del Secretario judicial, siempre que se cuente con los medios técnicos para ello. De ese modo se favorece la publicidad, la transparencia y la participación de los ciudadanos que podrán pujar por medio de internet, sin necesidad de su presencia física obligatoria.

rá por auto cuando sea el Tribunal quien resuelva el archivo por inadmisión a trámite del juicio ordinario.

– También resolverá el Secretario judicial por Decreto la terminación del procedimiento como consecuencia de la falta de actividad de las partes o por haber llegado éstas a un acuerdo. Así sucede en el caso de desistimiento a solicitud expresa del actor, terminación del proceso por satisfacción extraprocesal, conciliación, enervación de la acción de desahucio por pago o consignación de las rentas por el arrendatario con pleno consentimiento del arrendador, declaración de caducidad de la instancia por inactividad procesal de las partes, etc. En esos casos, de lo que se trata en realidad es de convalidar la expresión de la voluntad expresa o tácita de las partes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer contra el decreto del Secretario judicial a fin de que el Juez pueda revisar la resolución.

El Secretario Judicial resolverá las cuestiones para las que tiene competencia mediante Diligencias y Decretos. Las Diligencias pueden ser de ordenación, constancia, documentación y ejecución. En todas estas resoluciones se indicará siempre el nombre del Secretario que la hubiere dictado, con extensión de su firma, la mención del lugar y fecha en que se adopte y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir (art. 208.3 y 4 LEC)

La Ley establecerá, en cada caso, la clase de resolución que deba dictar el Secretario judicial. Cuando la ley no exprese la clase de resolución que haya de emplearse, se observarán las siguientes reglas (art. 206.2 LEC):

– Se dictarán diligencias de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca. Se dictarán diligencias de constancia, comunicación o ejecución para que queden reflejados en autos hechos o actos con trascendencia procesal. Las diligencias de ordenación se limitarán a expresar lo que por ellas se mande e incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o quien haya de dictarlas lo estime conveniente (art. 208.1 LEC)

– Se dictará un decreto cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento,

cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto. Los decretos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo (art. 208.2 LEC). En cada Tribunal se llevará, bajo la responsabilidad y custodia del Secretario judicial, un libro de decretos, en el que se incluirán firmados todos los definitivos, que serán ordenados cronológicamente (art. 213 bis LEC).

Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del Secretario judicial cabe, con carácter general, recurso de reposición ante el mismo Secretario que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión (art. 451 LEC). Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva. A este fin las alegaciones se efectuarán, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella (art. 454.bis LEC)..

No obstante, la ley prevé, en determinados supuestos, la posibilidad de interponer una suerte de recurso de alzada, que la ley denomina recurso de revisión, frente a las resoluciones del Secretario judicial. Este recurso de revisión se regula en el art. 454 bis LEC y permite que el titular del órgano judicial pueda revisar los decretos del Secretario judicial. El recurso directo de revisión cabe contra: los decretos por los que se ponga fin al procedimiento, impidan su continuación y en aquellos supuestos previstos expresamente en la ley. Contra las resoluciones sobre su admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno. Contra el auto resolutorio del recurso sólo cabrá recurso de apelación cuando el Decreto impugnado ponga fin al procedimiento o impida su continuación. Este sistema de recursos es aplicable en los distintos órdenes jurisdiccionales.

3. REQUISITOS DE LOS ACTOS: LUGAR TIEMPO Y FORMA.

La eficacia de los actos procesales está condicionada al cumplimiento de unos requisitos, que se aplican en todo caso y con independencia de quién los lleve a cabo. Esta regulación se contiene en la LEC (arts.

130 y ss.), la LOPJ (arts. 229 y ss.) y los arts. 141 y ss. LECrim. Por su parte, los hechos procesales, por su variada naturaleza y efectos, carecen de una regulación unitaria y se rigen por lo que disponga la ley en cada caso concreto.

3.1. Requisitos de lugar. La presentación de documentos mediante sistemas electrónicos.

Las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional, salvo aquellas que, por su naturaleza, se deban practicar en otro lugar (arts. 129 LEC y 268.1 LOPJ).

La Ley se refiere a la norma general: el acto judicial se realizará en el Juzgado, como lugar físico determinado. Aunque también se podrá realizar en cualquier otro lugar del territorio del tribunal de que se trate. Así se prevé en los arts. 129.3 LEC y 268.2 LOPJ, que disponen que: *“los Juzgados y Tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de aquellas, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia”*. El tribunal puede constituirse, por ejemplo, en un lugar determinado para realizar un reconocimiento judicial. Esta es la regla general, de modo que las declaraciones y actuaciones se practicarán en la sede, o territorio, del juzgado con independencia, por ej., del lugar de residencia del testigo o perito. A este fin, los fueros de competencia territorial ya persiguen acercar el litigio al lugar en el que radican los hechos (cosas y personas) que deban intervenir en el proceso. En este sentido, el fuero general en el proceso civil es el del lugar del domicilio del demandado (arts. 50 y 51 LEC) y en el proceso penal es el lugar donde el delito se hubiere cometido (arts. 14 y ss. LECrim). Sin embargo, es frecuente que determinadas cosas y personas se hallen fuera del territorio del tribunal. En ese caso, la regla general es la de “traer” la persona o la cosa a la sede del tribunal. Es decir, lo ordinario será que se cite al testigo o perito a comparecer ante el tribunal con independencia de su lugar de residencia⁵.

5. La posibilidad de acudir al auxilio judicial se permite en la LEC como excepción. A este respecto, el art. 169.4 LEC dispone que: *“Solo cuando por razón de la*

En el caso en el que no sea posible realizar el acto judicial en el territorio del tribunal, el órgano jurisdiccional deberá recabar la cooperación del Juzgado o Tribunal competente, mediante el auxilio judicial (arts. 274 LOPJ y 169 y ss. LEC). Aunque, los Jueces podrán realizar diligencias de prueba o de instrucción penal en un lugar próximo al territorio de su jurisdicción, cuando ello fuere conveniente por razones de economía y eficacia procesal, dando inmediata noticia al Juez competente (art. 275 LOPJ, 129 LEC, 323 LECrim).

Los escritos que se dirijan al tribunal deberán presentarse en su sede en el tiempo y forma previstos en la Ley. (Véase los epígrafes siguientes sobre estos requisitos). El escrito podrá presentarse físicamente en el órgano jurisdiccional. En ese caso, el funcionario sellará la copia del escrito haciendo constar la Oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación. También podrá presentarse por vía electrónica conforme a lo previsto en el art. 135.5 LEC. La presentación electrónica tendrá plenos efectos en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación que el sistema debe entregar al remitente.

A ese fin, se dirige la modificación de determinados preceptos de la LEC por la Ley 41/2007, al objeto de adaptar la LEC a las exigencias que resultan de la posibilidad de presentación y comunicación de escritos y actos procesales por medios electrónicos. Concretamente, se modifican determinados preceptos referentes a la presentación de escritos procesales, traslado de copias y cómputo de plazos (arts. 135, 274, 276, 278 LEC); actos de comunicación procesal (arts. 151, 154, 162 LEC); y forma de presentación y valor como prueba de documentos públicos y privados (arts. 267, 268, 318 LEC).

El uso de estos medios está supeditado al cumplimiento de distintas premisas. En primer lugar, tanto el órgano jurisdiccional como las partes deben estar provistos de los medios técnicos necesarios para el

distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior”.

uso del sistema. Estos medios no son solo los referidos a terminales y acceso a la red informática, sino también los programas y protocolos necesarios que permitan garantizar la seguridad, la confidencialidad y la expedición de resguardos de emisión y recepción de los escritos y comunicaciones. A ese fin, sirven las normas establecidas en el RD 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. En este Decreto se establecen los principios y el régimen de utilización del sistema Lexnet de comunicación electrónica⁶.

La plena eficacia del sistema depende, básicamente, del cumplimiento de las normas sobre la seguridad del sistema, lo que en gran parte está supeditado al modo en el que se organiza la oficina judicial y el modo en el que esta se relaciona con la función judicial. En este punto aparecen, entre otras, las cuestiones referidas a la plena introducción de la firma electrónica tanto para jueces como para secretarios judiciales, el modo en el que las resoluciones judiciales se introducen en el sistema informático y las garantías necesarias para que permanezcan inmodificadas.

También resulta importante la definición de los usuarios del sistema, que serán básicamente, además del órgano jurisdiccional, los procuradores y, en menor medida, los abogados. Ambos están designados como usuarios del sistema Lexnet, aunque serán los procuradores los principales interlocutores con los Tribunales, teniendo en cuenta su necesaria intervención en todos los procedimientos de cuantía superior a 900 euros. Así, se expone en el RD 84/2007, sobre implantación del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. En esta

6. Esa regulación se completa con la aprobación de distintos Convenios de Cooperación Tecnológica entre la Secretaría de Estado de Justicia y las Comunidades Autónomas, que tienen por finalidad establecer las condiciones técnicas para la implantación de los sistemas electrónicos de presentación y comunicación de actos procesales, en el ámbito de las competencias transferidas, a determinadas CCAA, en materia de justicia. Por ejemplo, la Generalidad Valenciana (Resolución de 3 de noviembre de 2005) o la Generalitat de Catalunya (Resolución de 2 de junio de 2006).

norma, si bien no se excluye como interlocutor con el tribunal a otros sujetos que pueden intervenir en los procesos judiciales, se establece con meridiana claridad que: “razones técnicas y de prudencia aconsejan abordar la instauración admitiendo inicialmente como usuarios solo a algunos interlocutores de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que en el futuro, dada la vocación de universalidad del sistema, puedan incorporarse otros colectivos de usuarios. Entre los usuarios del sistema Lexnet destaca el especial régimen de utilización atribuido a los Colegios de Procuradores”.

El RD 84/2007 no prevé que los usuarios no profesionales del sistema de justicia puedan relacionarse directamente con los tribunales mediante el sistema Lexnet. Ahora bien, nada impide que el órgano jurisdiccional puedan remitir comunicaciones a las partes y otros intervinientes mediante el empleo de otros sistemas de redes de comunicación de otro nivel que relacionen a los particulares con la administración en sentido amplio y, más concretamente, con la de Justicia. Así está previsto expresamente en el art. 162.1 LEC, que prevé que los tribunales puedan utilizar los modernos medios de comunicación electrónica directamente con las partes, con los destinatarios o y con otros profesionales que intervengan en los procedimientos judiciales.

3.2. Requisitos de tiempo.

Para que los actos procesales sean eficaces, deben realizarse en tiempo hábil y dentro del término o plazo señalado para su realización. A este fin, es preciso distinguir los requisitos de tiempo que atañen a los actos procesales en su conjunto (días y horas hábiles) y los relativos al cómputo de plazos y términos señalados por la Ley para los distintos actos procesales de las partes o del órgano jurisdiccional.

3.2.1. Días y horas hábiles.

Son días hábiles todos los del año con excepción de los sábados y domingos, los días festivos en el ámbito nacional, los días 24 y 31 de diciembre y los establecidos en la correspondiente Comunidad Autó-

noma y en la localidad respectiva (arts. 182 LOPJ y 130 LEC). Ante la existencia de distintos días festivos en las diversas Comunidades Autónomas, el cómputo de plazos deberá hacerse con base en el calendario judicial que rija en cada Juzgado o Tribunal, según el calendario del municipio en donde radiquen. También son inhábiles los días del mes de agosto.

Las horas hábiles van desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la tarde, salvo que la Ley disponga lo contrario (art. 130.3 LEC). No obstante, el TC ha declarado que los días de los plazos deben considerarse como días naturales, a los efectos de computarlos de veinticuatro horas (STC 65/89, de 7 de abril). Así de deberá transcurrir el último día completo –“dies ad quem”– para entender agotado el plazo.

3.2.2. *Cómputo de plazos y términos. Presentación de escritos.*

Los actos procesales deben realizarse en el tiempo y plazo señalado por la ley. Términos son momentos exactos en que deben efectuarse unos determinados actos procesales. Los plazos suponen un período de tiempo durante el cual puede realizarse válidamente un acto procesal. Sin embargo, aunque se trata de conceptos distintos, la LEC no distingue entre ambos confundiéndolos en muchos casos (vid. arts. 132 y ss. LEC y 197, 198, 202 ó 215 LECrim).

Los actos y diligencias judiciales se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada uno de ellos (art. 132 LEC). Corresponderá al Secretario judicial asegurar la observancia y cumplimiento de los términos y plazos para evitar dilaciones inútiles. En este sentido, la ley encomienda a los secretarios la obligación de seguimiento de los procedimientos judiciales (arts. 279 y ss. LOPJ y 214, 215 LECrim). En los supuestos en los que no se fije término, se entenderá que han de dictarse y practicarse sin dilación (arts. 132.2 LEC y 198 LECrim). La infracción de estas normas comportará, en su caso, la corrección disciplinaria sin necesidad de petición de parte y sin perjuicio de deducir queja ante el Ministerio de Justicia a efecto de dilucidar la responsabilidad que proceda y la indemnización de daños y perjuicios (arts. 132.3 LEC y 414 y ss. LOPJ).

Los plazos procesales establecidos para las actuaciones de las partes son improrrogables (arts. 134.1 LEC y 202 LECrim). El acto procesal

no realizado dentro del plazo otorgado a la parte es ineficaz, salvo que la ley disponga otro efecto⁷. Así resulta de la aplicación del principio de preclusión, previsto en el art. 136 LEC, que determina que una vez transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda.

El cómputo de los plazos se regula en los arts. 185 LOPJ y 133 LEC, que prevé que en los plazos señalados por días, los comunes en el ámbito procesal, el cómputo se inicia el día siguiente al que se ha dictado la resolución, excluyendo los días inhábiles (art. 130 LEC). Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha (art. 133.3 LEC).

Los escritos de parte se presentarán en los plazos señalados al efecto en tiempo y forma. Cuando el tribunal disponga de medios técnicos que garanticen la recepción, principalmente se refiere la LEC al Fax y sistemas telemáticos, podrá enviarse el escrito por ese medio, haciendo llegar al tribunal el original dentro de los tres días siguientes al del envío. En el caso que se presenten ante el Tribunal, se plantea la cuestión del modo y el lugar de presentación de escritos sujetos a plazo perentorio cuyo plazo fine el día de su presentación, fuera de los horarios de la oficina judicial (de 8 a 14 horas). En este punto debe distinguirse entre el proceso civil y penal.

En el proceso civil, el art. 135 LEC permite la posibilidad de presentar los escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la Oficina o Servicio de Registro Central que se haya establecido. Esta norma se refuerza con la norma de inadmisión de escritos en el Juzgado de guardia.

En el proceso penal, los escritos se presentarán ante el Juzgado de guardia de la sede donde están ubicados los órganos judiciales a que

7. Concretamente, se refiere el art. 134 LEC a la concurrencia de fuerza mayor que podrá ser apreciada por el Tribunal de oficio o a instancia de la parte que la sufrió con audiencia de las demás.

se dirigen, una vez cerrado el registro de entrada del órgano destinatario o la conclusión de la jornada de trabajo. La organización de los Juzgados de Guardia se regula en el Acuerdo Reglamentario 5/1995, de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, modificado por el Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero, distinguiendo a estos efectos, según el número de juzgados de Guardia existentes en el Partido Judicial. Según estos criterios, la oficina judicial del Juzgado que se encuentre de Guardia se hallará abierta, al efecto de presentar los escritos, en horario distinto, que puede ser de veinticuatro horas (de 9 a 9 horas) (art. 49); de 9 a las 19 horas (arts. 53, 55); de 9 a las 20 horas [arts. 57, y 58.3.a)]. En consecuencia, el escrito se presentará en el Juzgado de Guardia. Pero, en el caso de que la oficina judicial (del juzgado que se hallare de guardia) estuviere cerrada, los escritos sujetos a plazo podrán presentarse en la Secretaría del Tribunal al que va dirigido hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo o, de existir, en la oficina o Servicio de Registro Central que se haya establecido (art. 135.1 LEC).

El escrito también podrá presentarse mediante comunicación telemática en el supuesto de que la Oficina judicial y los sujetos intervinientes en el proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos procesales. En el envío electrónico se incluirán los documentos, dictámenes o informes que procedan, públicos o privados, digitalizados a ese fin, sin perjuicio de que alguna de las partes personadas solicite su aportación en documento original (arts. 162, 267, 268 LEC). La comunicación con el tribunal se producirá en este caso mediante el sistema Lexnet de comunicaciones cerradas y seguras entre los órganos jurisdiccionales y los usuarios autorizados del sistema, que son los previstos en el Anexo II del RD 84/2007. Entre estos se hallan los funcionarios de los órganos judiciales, Ministerio Fiscal, procuradores y abogados. Solo los designados tienen la consideración de usuarios del sistema Lexnet. Ahora bien, nada impide que otros sujetos distintos a los mencionados puedan presentar escritos procesales mediante otros sistemas de comunicación electrónica.

De esta manera, la parte a la que se le hayan conferido, por ejemplo, 5 días para evacuar un trámite de audiencia tendrá dos alternativas. La primera consiste en presentar su escrito en el Juzgado antes de la 2 de la tarde del día del vencimiento (aunque la LEC dispone que las horas

comprendidas entre las 2 y las 8 de la tarde son hábiles, el art. 41 del Reglamento 5/1995, dictado el 7 de junio por el CGPJ, para regular los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales –que, llamativamente, se aplica con carácter preferente en la práctica– establece que los registros ordinarios para la presentación de escritos cerrarán a las 2 de la tarde). La segunda consiste en presentar el escrito durante el sexto día –es decir: en el día siguiente al del vencimiento– entre las 8 de la mañana y las 3 de la tarde en el Juzgado.

En el caso de resultar imposible la comunicación, por fallo del sistema Lexnet, podrá presentarse el escrito en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de la interrupción del servicio (art. 135.5 LEC). Esta norma solo tiene sentido cuando el fallo de la comunicación se produzca el último día del plazo, ya que en otro caso, nada impide a la parte volver a intentar la comunicación, dentro de plazo, una vez que el servicio se haya restablecido. Ahora bien, lo que ya no resulta tan claro es si ese último día de plazo es el último día hábil previsto en la Ley para ese trámite, o bien si es el día siguiente hábil hasta las 15 horas al que se refiere el art. 135.1 LEC. A nuestro juicio, a pesar de las dudas que suscita la cuestión, la solución lógica es entender que la Ley está refiriéndose a la circunstancia de que se produzca una interrupción no planificada del servicio de comunicaciones electrónicas el día siguiente al del vencimiento y esta se prolongue hasta las 15 horas imposibilitando, de ese modo, la remisión electrónica del escrito. En ese caso, el art. 135.5.3 LEC permite a la parte la presentación del escrito en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción.

3.3. Requisitos de forma.

3.3.1. *Oralidad y Escritura. Documentación de las aclaraciones procesales.*

Las actuaciones procesales pueden producirse en forma oral o escrita. A este respecto, el art. 120 de la Constitución establece que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. En el mismo sentido se pronuncia el art. 229 LOPJ, que establece que en esa materia, las actuaciones judiciales serán predominantemen-

te orales, sin perjuicio de su documentación⁸ (véase, sobre el principio de oralidad, el capítulo 3).

También la LEC ha acogido la oralidad como principio rector de las actuaciones procesales. A este respecto, el art. 138 LEC dispone que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparencias, cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución, se practicarán en audiencia pública. En el mismo sentido se pronuncia el art. 289 LEC, que establece que las pruebas se practicarán contradictoriamente en audiencia pública, o con publicidad o documentación similares si no se llevase a efecto en la sede del tribunal.

Los actos procesales del órgano jurisdiccional se documentarán en papel de oficio, mientras que los escritos de las partes pueden realizarse en papel común. Corresponde al Secretario Judicial, con el carácter de autoridad, dar fe de las actuaciones procesales que se realicen en el tribunal o ante este, donde quiera que se constituya, así como expedir copias certificadas y testimonios de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas (art. 145.1 LEC).

Concretamente, el Secretario Judicial: 1º Dará fe de la recepción de escritos con los documentos y recibos que les acompañen. 2º Dejará constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante este y de la producción de hechos con trascendencia procesal (arts. 140, 141 y 145.2 LEC; 279 a 282, 473.1 y 483 LOPJ; 353 y 453 LECrim).

Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas, diligencias y notas. En el acta se recogerá, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado. También permite la Ley que las partes o el órgano jurisdiccional utilicen cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que quede garantizada su autenticidad y el cumplimiento de los requisitos exigibles a los actos procesales (art. 230 LOPJ).

8. En el proceso penal cabe distinguir, en orden a la forma, entre las actuaciones realizadas en la fase de instrucción y en la fase de juicio oral. En la primera, los actos procesales se producen, preferentemente, en forma escrita. En la segunda, se manifiesta plenamente la forma oral con plena concentración e inmediación. Así se establece en los arts. 680 y ss. LECrim para el procedimiento por delitos graves, y en los arts. 785 y ss. para el procedimiento abreviado.

Así sucede con las actuaciones orales en vistas y comparencias, que se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. La grabación mediante vídeo o DVD del juicio se producirá bajo la fe pública del Secretario Judicial a quien corresponderá garantizar la autenticidad de lo grabado o reproducido, así como la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado⁹. En este supuesto, cuando se utilicen mecanismos electrónicos de grabación, solo será necesaria la presencia del Secretario judicial en la Sala si lo han solicitado las partes con anterioridad o si, excepcionalmente, lo considera éste oportuno atendiendo, entre otras razones, a la complejidad del asunto o al número y naturaleza de las pruebas que deban practicarse. También deberá comparecer el Secretario judicial en aquellos supuestos en los que no pudieran utilizarse los mecanismos de registro o de garantía que permitan respectivamente la grabación de las vistas o garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, el Secretario judicial asistirá al acto de la vista y extenderá la correspondiente acta (art. 147.2 LEC).

Si el Secretario judicial dispusiera de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el documento electrónico generado en la grabación de la vista constituirá el acta a todos los efectos. Ello sin perjuicio de que se una a los autos, si el tribunal lo considera oportuno, una transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes correspondientes. Las partes podrán solicitar a su costa una copia de los soportes en que hubiera quedado grabada la vista (art. 147 y 187 LEC).

En el caso de que el Secretario judicial no dispusiera de firma electrónica deberá levantar acta en la que consignará los siguientes extremos: número y clase de procedimiento, lugar y fecha de celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas, resoluciones que adopte el Juez

9. A este fin la Disposición Adicional Tercera LEC dispone que se adoptarán por el Gobierno y las Comunidades Autónomas, que tengan transferidas las competencias en esta materia, aquellas medidas necesarias para que los órganos judiciales dispongan de los medios materiales necesarios para la aplicación de los preceptos reseñados sobre la documentación de las actuaciones judiciales.

o Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte (art. 146 LEC).

En el caso de que los medios técnicos de registro de imagen y sonido no pudieran utilizarse, por cualquier causa, la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial (art. 187.2 LEC). En este punto, resulta de interés destacar la novedad que supone que la ley establezca la regla general de levantar las actas mediante procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos (art. 146.2 *in fine*)¹⁰.

3.3.2. Idioma.

Los Tribunales usarán el castellano en todas las actuaciones judiciales, como idioma oficial del Estado (art. 142.1 LEC). No obstante, los integrantes y demás funcionarios de los órganos jurisdiccionales podrán usar, también, la lengua oficial de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere alegando desconocimiento que pudiera producir indefensión (arts. 231 LOPJ y 142.2 LEC).

Las partes pueden utilizar en sus actos orales o escritos el idioma oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales (art. 142.3 LEC). En ese caso, el acto tendrá plena validez y eficacia sin necesidad de traducción al castellano. No obstante, respecto a los actos escritos, se procederá a su traducción: a) cuando deba surtir efecto fuera de la Comunidad Autónoma que no comparta el mismo idioma; b) cuando no se acompañe copia traducida del escrito, podrá el Juez de oficio requerir su traducción con suspensión del proceso; c) cuando alguna de las partes personadas alegue indefensión, o así lo dispongan las leyes (art. 142.4 LEC). En las actuaciones orales, el Tribunal podrá habilitar, previo juramento o promesa, como intérprete a cualquier persona concedora de la lengua autonómica empleada (art. 142.5 LEC).

10. Con esta norma se persigue: “*la erradicación de las actas manuscritas, en muchos casos ilegibles, tan frecuentes todavía en muchos órganos jurisdiccionales españoles*”. Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009.

3.3.3. *Publicidad y secreto de los actos procesales.*

El último requisito relativo a la forma de los actos procesales es el de publicidad. La regla general, establecida en el art. 120 de la Constitución, es la de la publicidad de las actuaciones judiciales con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. En el mismo sentido se pronuncia el art. 232 LOPJ. Estas excepciones se refieren a la posibilidad de limitar, por resolución motivada del Juez o Tribunal, el ámbito de la publicidad o acordar el carácter secreto de todo o parte de las actuaciones, por razones de orden público o de protección de derechos y libertades (art. 232 LOPJ).

El art. 138 LEC regula la publicidad de actuaciones judiciales con las excepciones señaladas en su párrafo 2º, manteniéndose el secreto de las deliberaciones de los Tribunales colegiados –art. 139 LEC–. Asimismo, los arts. 140 y 141 reglamentan la información y el acceso a libros, archivos y registros públicos, siempre que se acredite un interés legítimo, salvo que tengan carácter reservado. Se podrá obtener información, a su costa, mediante testimonios o certificaciones de los extremos que se precisen. La Disposición Adicional Cuarta remite a un posterior desarrollo reglamentario de tasas para la obtención de copias de documentos e instrumentos. Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la Ley (art. 301 LECrim).

En cuanto a las actuaciones orales, la norma general es la publicidad de todos los actos del proceso ya sea civil o penal (arts. 138 y 289 LEC y 649 y 680.1 LECrim). Sin embargo, se celebrarán a puerta cerrada, o adoptando cualquier otra medida de protección, cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia (arts. 355 y 754 LEC y 680.2 LECrim). Concretamente, el Tribunal también puede adoptar medidas de restricción de la publicidad en el caso de la declaración de menores (arts. 4 y 9 LO 1/1996, de protección jurídica del menor). En el proceso penal son más frecuentes estos supuestos, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos afectados. Así, también se pueden acordar medidas limitativas de la publicidad cuando se trate de declaración de testigos protegidos (arts. 2, 3 y 4 LO 19/1994) o víctimas de delitos de agresión sexual (art. 15.5 Ley 35/1995).

La resolución se tomará por el Tribunal, o el Secretario Judicial, de oficio o a instancia de parte mediante auto motivado o Decreto, antes de comenzar el juicio oral o en cualquier momento (arts. 138.3 y 206.2 LEC, 682 LECrim).. Pero, en el caso de las resoluciones que se adopten en el curso del juicio, no es exigible una especial motivación; y en cualquier caso, la ausencia de aquella constituirá una irregularidad únicamente relevante en el caso de que la decisión aparezca como manifiestamente infundada con la consecuencia de haber producido indefensión a la parte.

4. INVARIABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES PROCESALES: SU CORRECCIÓN, SUBSANACIÓN, COMPLEMENTO Y ACLARACIÓN.

La invariabilidad es una condición intrínseca de las resoluciones judiciales, que una vez firmadas no pueden ser modificadas. Esta limitación se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, que garantiza los derechos y expectativas legítimas de las partes en el proceso y, en definitiva, de todo el cuerpo social¹¹.

No debe confundirse invariabilidad con el carácter definitivo o firme de una resolución. La definitividad de la resolución se refiere únicamente a la circunstancia de que la resolución ponga fin a la instancia. Y la firmeza, a la circunstancia de que no pueda interponerse ningún recurso frente a ella y, por tanto, la resolución tenga fuerza de cosa juzgada (art. 207 LEC). La invariabilidad, por su parte, es un concepto más amplio que precede a la posible definitividad y/o firmeza de una resolución judicial. De modo que una resolución, una vez firmada, es invariable, que sea definitiva dependerá de que ponga fin al proceso y que sea firme dependerá a su vez de que no quepa recurso alguno frente a la resolución, sea porque no estaba previsto, o bien por haber transcurrido el plazo para ello. De modo que la invariabilidad se

11. Véanse, a este respecto, las SSTC 69/2000, de 13 de marzo; 159/2000, de 12 de junio; 111/2000, de 5 de mayo; 262/2000, de 30 de octubre; 286/2000, de 27 de noviembre; 59/2001, de 26 de febrero; 140/2001, de 18 de junio; 216/2001, de 29 de octubre; 187/2002, de 14 de octubre; 224/2004, de 29 de noviembre; y 23/2005, de 14 de febrero.

predica tanto de las resoluciones interlocutorias (es decir dictada en el proceso sin que lo resuelvan definitivamente) como de una resolución definitiva, por ejemplo una sentencia que pone fin al proceso.

La invariabilidad de las resoluciones judiciales no impide que estas puedan ser impugnadas, en tanto que no hubieren adquirido firmeza, mediante los recursos previstos en la Ley. Recursos que se pueden fundamentar en la infracción procesal o de ley o en el error en la valoración de la prueba. En ese caso, la resolución será sometida a revisión, ya sea por el mismo tribunal, o por uno superior, con la consecuencia de su revocación o modificación en los términos solicitados por el recurrente. Lo que no cabe es que el propio tribunal pueda rectificar de oficio la resolución que hubiere dictado a pesar de que su contenido fuese resultado de un error (a salvo de lo que se dirá a continuación respecto a la aclaración de oficio). Tampoco podrá el tribunal declarar de oficio la nulidad de la resolución¹². De modo que son únicamente las partes procesales las que podrán recurrir las resoluciones judiciales que, en caso contrario, y quedarán firmes y serán cosa juzgada.

12. El tribunal podrá apreciar la nulidad: “antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso” (art. 240.2 LOPJ). Es decir, solo hasta que haya recaído la resolución que pone fin al proceso del que está conociendo. Por lo general, una sentencia. Así se establece en el art. 206.3 LEC que dispone que se “*dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley*”. De modo que si el Juez dicta un auto en un proceso civil ordinario acordando la práctica de oficio de una prueba (o, por ejemplo, la comparecencia de una de las partes sin abogado cuando fuere necesario), el mismo Juez podrá, antes de dictar sentencia para poner fin al proceso (y sin perjuicio de que las partes puedan impugnar la resolución), apreciar de oficio la infracción procesal producida y declarar la nulidad de las actuaciones que procedan. Pero, una vez recaída sentencia que ponga fin al proceso, ya no podrá apreciar una nulidad, por carecer de competencia para ello. Ya sea que la sentencia haya sido objeto de apelación, o porque la resolución que dictó ha adquirido firmeza. En ambos casos, el tribunal no podrá declarar nulidad alguna, ya que si la sentencia ha sido apelada, la competencia, vía de recurso, corresponderá al tribunal de apelación (con las limitaciones establecidas en el art. 240.2.2 LOPJ). En el caso de que la resolución hubiere adquirido firmeza, solo podrá obtenerse su modificación, a instancia de parte, y mediante un medio excepcional de impugnación de las resoluciones que hubieren adquirido firmeza.

El derecho procesal se asienta sobre la premisa de que el proceso sirve al fin de resolver el caso concreto de forma definitiva. A ese efecto, y para conseguir la paz jurídica que es la finalidad de todo sistema de justicia, la Ley atribuye fuerza de cosa juzgada a las sentencias sobre el fondo, de modo que lo resuelto sea inmodificable y vincule con vocación de permanencia a las partes decidiendo definitivamente la relación jurídica debatida. En caso contrario, el proceso no habrá servido a su fin.

La cosa juzgada constituye una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE y se concreta con relación a las partes en el derecho a que las resoluciones dictadas por los tribunales alcancen el fin pretendido y puedan ejecutarse en sus propios términos. En caso contrario, como ha declarado reiteradamente el TC: *“la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme en cualquier circunstancia”* (STC 87/2006, de 27 de marzo). Y se produciría una contradicción evidente con los fines del proceso que son, básicamente, proveer de tutela jurídica a los ciudadanos para garantizar la paz y la seguridad jurídica. A ese fin, el art. 222 LEC establece que producen efecto de cosa juzgada las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias. Efecto que excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Véase el Cap. 30 del Volumen II, sobre la cosa juzgada.

La Ley prevé incluso que puedan impugnarse, en supuestos tasados y extraordinarios, las resoluciones judiciales que ya hubieran adquirido firmeza. Estos supuestos se refieren, precisamente, a la existencia de determinados vicios de nulidad de pleno derecho, que concurrentes en una sentencia pueden determinar su nulidad, aunque la sentencia impugnada ya hubiera adquirido firmeza. A ese fin, la Ley provee de tres cauces procesales distintos en el proceso civil y penal: La audiencia al condenado rebelde, el recurso de anulación y la revisión de sentencias firmes, que son medios de rescisión de la cosa juzgada, y el incidente excepcional de nulidad de actuaciones frente a resoluciones que hubieren adquirido firmeza. Además, también debe citarse aquí, aunque tiene distinto fundamento, el recurso de amparo ante el TC, que también se interpone frente a una resolución que ha adquirido firmeza.

Los recursos y los medios de rescisión de la cosa juzgada se analizan en los Capítulos 27 a 31 del Volumen II de esta obra. A ellos nos remitimos. Pero, al margen de los recursos y medios de impugnación citados, la ley también prevé otros incidentes procesales que permiten la corrección, modificación o anulación por los cauces legales establecidos a tal efecto (art. 267 LOPJ). Estos son los siguientes: el incidente para la aclaración y rectificación de errores materiales y aritméticos (art. 267.2 de la LOPJ) y el incidente para la subsanación y complemento de resoluciones (arts. 267.4 LOPJ y 215 LEC). Incidentes que proceden según la clase y entidad del error que se pretende corregir. Además, a los citados debe añadirse un tercer remedio que no es tal, sino que consiste en la posibilidad prevista en el art. 267.3 LOPJ de subsanar directamente y en cualquier momento: “*los errores materiales manifiestos y aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales*”. Se está refiriendo la Ley a aquellos errores patentes e intrascendentes que pueden contrastarse en cualquier momento: como llamar de modo distinto a alguno de los litigantes, el error en la fecha en que se dicta la sentencia o en que se celebró el juicio, poner la cantidad en pesetas en vez de en euros, etc. En estos casos resulta exagerado que deba realizarse un incidente y dilatar más el procedimiento, por lo que el tribunal podrá proceder a rectificar los citados errores. Sin perjuicio de que la parte que considere que se le produce un gravamen pueda recurrir frente a sentencia con base en la rectificación o en cualquier otro motivo¹³.

13. Estos incidentes no tienen por objeto impugnar la resolución por considerarla injusta o no ajustada a derecho, sino proveer un medio que permita la rectificación de las resoluciones que adolezcan de defectos materiales u omisiones producidos por lapsus o el simple error. En estos casos, el principio de invariabilidad impide que el tribunal pueda rectificar de oficio la resolución, que palmariamente está afectada de un error o una omisión patente. De forma que la única vía para obtener una rectificación del error o la subsanación será la de la vía de recurso a instancia de parte. Pero no resulta proporcional ni adecuado “*obligar*” a la parte, perjudicada por el error o la omisión de la sentencia, a recurrir la resolución para posibilitar la subsanación del error. Por otra parte, las resoluciones judiciales deben contener el criterio judicial sin que este resulte impreciso, incompleto o sustituido por el error o la omisión involuntaria del juzgador.

4.1. La aclaración de resoluciones procesales.

La aclaración de resoluciones procesales es un remedio que tiene por finalidad subsanar el error procesal en el que pueden incurrir las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional o por el Secretario judicial. Este remedio procesal halla su límite en los meros errores materiales manifiestos del orden de omitir algún dato o cantidad que resulta obvia o errar con el concepto de lo que debe entregarse, v.g. euros, los nombres de las partes, etc. Por lo tanto, no sirve la aclaración para completar el fallo (STC 53/2007 de 12 de marzo). Tampoco para impugnar o solventar los vicios de incongruencia omisiva, que no pueden ser resueltos por la vía de la aclaración de la sentencia por exceder de su ámbito¹⁴. Esa clase de vicios o errores de mayor entidad deberán remediarse mediante otros medios procesales como son el incidente de subsanación y complemento de resoluciones judiciales o, en su caso, mediante los recursos previstos en la leyes procesales.

La aclaración de resoluciones procesales se regula en los arts. 267.2 y 3 LOPJ y 214 LEC. En los citados artículos la Ley regula dos distintas situaciones.

En primer lugar, se refiere la Ley a la posibilidad concedida al órgano jurisdiccional o bien al Secretario judicial, cada uno obviamente respecto a las resoluciones que hubiere dictado, para subsanar directamente y en cualquier momento: “*los errores materiales manifiestos y aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales*” (arts. 267.3 LOPJ y 214.1 y 3 LEC). Se esta refiriendo la Ley a aquellos errores patentes e intrascendentes que pueden contrastarse en cualquier momento: como llamar de modo distinto a alguno de los litigantes, el error en la fecha

14. Véase por todas la STC 19/2008 de 31 de enero que declara que: “*la aclaración de Sentencia que no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o para subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas, SSTC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3, y 305/2006, de 23 de octubre, FJ 5)*”.

en que se dicta la sentencia o en que se celebró el juicio, poner la cantidad en pesetas en vez de en euros, etc. En estos casos resulta exagerado que deba realizarse un incidente, por breve que este sea, y dilatar más el procedimiento por lo que el tribunal o el Secretario judicial podrán proceder a rectificar los citados errores. Sin perjuicio de que la parte que considere que se le produce un gravamen pueda recurrir la resolución rectificadora, mediante el recurso que proceda, con base en la incorrección de la rectificación realizada.

En segundo lugar, la aclaración de resoluciones procesales podrán hacerse de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, en el plazo de dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución. El tribunal o el Secretario, que hubieran dictado la resolución, resolverán sin más trámite dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración (arts. 267.2 LOPJ y 214.2 LEC). Durante la sustanciación de la aclaración quedarán en suspenso los plazos para interponer los recursos que procedan (art. 267.9 LOPJ).

El problema consiste en que no resulta claro donde se sitúa la frontera de lo que supone un error material manifiesto y un error simplemente material, porque este último conforme con el art. 267.1 LOPJ debe corregirse mediante la aclaración, prevista en el citado precepto y en el 214 LEC¹⁵, que tiene por finalidad: “*aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan [las resoluciones judiciales]*”. En el mismo sentido el art. 161 LECrim.

No cabrá recurso alguno contra la resolución que decida sobre la aclaración o corrección, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a la que se refiera la solicitud o actuación de oficio (arts. 267.8 LOPJ y 214.4 LEC).

15. Nótese que, curiosamente, el art. 214 de la LEC no entró en vigor por efecto de la disposición final 17ª de la LEC. Y digo curiosamente porque su contenido es inocuo, ya que no introduce norma distinta de la que se regula en el art. 267 LOPJ. Sin embargo, el art. 215 LEC entró en vigor, sin mayores problemas, cuando en ese precepto se contiene una regulación que podía colisionar con la prevista en el art. 240 LOPJ, antes de la reforma por la LO 6/2007.

4.2. La subsanación y complemento de resoluciones judiciales.

Los incidentes de subsanación y complemento de resoluciones previsto en los arts. 267 LOPJ y 215.1 LEC permiten que el Juez pueda subsanar mediante auto por el procedimiento previsto para la aclaración de la sentencia las: “... *omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto...*”; y completar: “*sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso*”. También procede este incidente para la subsanación y complemento de las resoluciones dictadas por el Secretario judicial (arts. 267.7 y 214.4 LEC). Se trata de dos incidentes que el TC ha calificado de excepcionales y que tienen por finalidad posibilitar para: “*que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, o que subsanen omisiones o defectos*” (STC 162/2006, de 22 de mayo de 2006). Estos incidentes resultan plenamente respetuosos con el principio de invariabilidad e intangibilidad de la resoluciones procesales, ya que suponen, sencillamente, el ejercicio de una facultad del tribunal y derecho de las partes a obtener una resolución procesal ajustada a derecho, sin errores que puedan afectar a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso¹⁶.

La diferencia entre ambos incidentes se basa en la distinta naturaleza del acto que debe realizar el tribunal sobre la resolución sobre la que se actúa.

Así, en el supuesto de la subsanación se produce un acto que no afecta de ningún modo a los pronunciamientos que se contienen en la resolución, que son invariables. De este modo, el objeto de este procedimiento es proveer a la subsanación de defectos materiales, lo que implica una actividad de mayor grado que la referida de aclaración a la que se refieren los arts. 267.2 LOPJ y 214 LEC pero inferior a la de complemento que se prevé en el párrafo 2º del art. 215 LEC.

16. El principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales en ningún caso queda enervado por la subsanación o complemento de la resolución. De lo que se trata en realidad es de que se incluye correctamente en la sentencia todo lo decidido, que por error no se incluyó en la redacción original.

Así está regulado en los arts. 267.4 LOPJ y 215.1 LEC que establecen que este incidente tiene por finalidad subsanar: “*las omisiones o defectos.../... que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones...*”. Esta actividad de subsanación no excede en demasía de la que está prevista para la aclaración. Por esa razón, el art. 267.4º LOPJ remite para su sustanciación a los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos para la aclaración de resoluciones. Puede decirse que la subsanación constituye una actividad de aclaración de la sentencia, caracterizada por su mayor grado de afectación sobre la resolución sobre la que se produce.

El segundo procedimiento previsto en los arts. 267.5 y ss. LOPJ y 215, párrafos 2º y ss. LEC, es el incidente de complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos. Este procedimiento también servirá para el complemento de las resoluciones dictadas por el Secretario judicial.

El incidente de complemento de resoluciones es un procedimiento específico mediante el cual el tribunal o el secretario de oficio o a instancia de parte, puede proceder a subsanar los vicios de incongruencia omisiva de que adolecieran las resoluciones procesales. Con este incidente se intenta solucionar el problema de los recursos que se plantean sin ningún otro objeto que solucionar errores palmarios del Juzgador que impiden que las resoluciones dictadas puedan ser plenamente eficaces, ante la imposibilidad que se planteaba en la legislación anterior de que el Juez pudiera modificar por sí la resolución. Ante ello, no le cabía a las partes otra solución que recurrir la resolución con el único objeto de proceder a su perfecta integración incluyendo el pronunciamiento omitido.

Así, en el supuesto de que la sentencia, auto o decreto hubiere omitido manifiestamente algún pronunciamiento relativo a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de las partes, completar la resolución con el pronunciamiento omitido.

Este especial incidente se deberá solicitar, o adoptar por el Juez o el secretario cuando lo haga de oficio, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia. Nótese que el legislador ha sido especialmente cuidadoso con los plazos para evitar caer en el

error en el que se incurrió en la jurisprudencia que confundía la invariabilidad de la sentencia con su firmeza, que se dictó con relación a la posibilidad de que un tribunal pudiera declarar la nulidad de una resolución que ya hubiere adquirido firmeza. Así, este incidente tiene por objeto el complemento de una resolución definitiva y, por tanto, invariable pero no firme, y se puede instar o abrir de oficio en el plazo de los cinco días previstos en el art. 267.5 LOPJ, que es el que tiene la parte para recurrir la sentencia en apelación. En consecuencia, durante ese período la resolución no es firme, sino sencillamente definitiva y, por tanto, habilitado el incidente para su complemento no existe ningún problema procesal para proceder a resolver los errores claros y manifiestos de los que adolezcan las sentencias judiciales a los que se refiere la Ley. En el supuesto de la sentencia firme, lo que cabría no sería incidente de complemento, sino el incidente de nulidad de resolución firme¹⁷.

Frente a lo resuelto en el incidente no cabe recurso alguno (arts. 267.8 LOPJ y 215.5 LEC). Sin perjuicio de los recursos que procedan contra la sentencia o auto complementado, o no, que podrán interponerse contra lo decidido en la sentencia o en el auto. Nótese que, en definitiva, el auto que resuelve el incidente complementando o subsanando la sentencia se unirá a esta dando lugar a una única resolución integrada. Los plazos para el cómputo de los recursos comenzarán a contarse desde el día siguiente a la notificación de la resolución¹⁸.

17. Aunque en este punto, se plantea la paradoja de que también pueda interponerse el incidente de complemento y subsanación frente a resoluciones firmes. Lo que sucederá en el caso de que no quepa ningún recurso frente a la resolución que contenga una omisión o error. En ese caso, no puede negarse la interposición del incidente al fin que está previsto. No obstante, cabe señalar que esta situación no se planteará en el caso de las sentencias y autos que ponen fin a la primera instancia, que son siempre recurribles en apelación. Pero sí en el caso de los autos que deciden algunos incidentes procesales y que no son recurribles en apelación. Pero en ese caso, el tribunal podrá modificarlos al amparo de la potestad de apreciar de oficio la nulidad con base en el art. 240.1 LOPJ.

18. También cabe que el recurso ya se hubiere preparado, por la adversa. En ese caso no se tramitará el recurso en tanto no se resuelva el incidente y transcurra el nuevo plazo de interposición de la apelación.

5. INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES.

La actos procesales pueden ser nulos o ineficaces cuando concurren en ellos determinados vicios que los invalidan. Por ejemplo, la infracción de una norma o la vulneración de los derechos fundamentales del orden procesal. Pero, no toda infracción o vulneración de derechos conllevará la nulidad, sino sólo en la forma establecida en la ley y la jurisprudencia. La nulidad puede llevar aparejada la sanción de la ineficacia, pero la regla general será la de la subsanación del acto procesal nulo siempre que éste pueda cumplir su fin.

La nulidad procesal tiene una naturaleza abstracta y estrictamente procesal y resulta difícilmente asimilable a las conocidas categorías de nulidad del derecho civil firmemente entroncadas con la realidad. Esta especial naturaleza formal y técnica de la nulidad procesal la distingue incluso de otras instituciones del derecho procesal. Podría decirse que la peculiaridad de las normas sobre nulidad procesal se pone de manifiesto en su naturaleza especial de normas de ajuste, de control de la actividad procesal, que por su naturaleza debe ser flexible en orden al cumplimiento de su fines. De modo, que dadas sus características, no resulta útil estudiar la nulidad procesal desde un punto de vista estático. Es decir, estudiando cuales sean los requisitos de los actos procesales y los vicios de los que pueden adolecer. A nuestro entender el análisis de la nulidad procesal requiere del estudio de la aplicación de las normas sobre nulidad en el caso concreto atendiendo a los fundamentos reales de la norma procesal, que se hallan en el momento actual en el desarrollo de los Principios y Derechos fundamentales del orden procesal según están reconocidos en la Constitución en la ley y en la jurisprudencia que los interpreta.

La Ley regula la nulidad de los actos procesales en los arts. 238 a 243 LOPJ, preceptos en los que se refieren los vicios susceptibles de producir la nulidad de los actos procesales, el modo de hacer valer y/o apreciar la nulidad procesal de oficio o a instancia de parte y los efectos y consecuencias que comporta la apreciación de la nulidad procesal. Esta regulación tiene carácter general y se complementa con otras normas sobre nulidad procesal que se contienen en las leyes de procedimiento.

También la LEC 1/2000 contiene un regulación de la nulidad de los actos procesales que coincide, en lo básico, con la prevista en la LOPJ. Únicamente existe divergencia en dos puntos. El primero la mención que

hace el art. 240.1 in fine LOPJ respecto a la posibilidad de denunciar la nulidad procesal mediante: “... *los medios (de impugnación) que establezcan las Leyes procesales*”. Norma que no se contiene en la LEC. El segundo, el art. 225.6 LEC, que incluye como motivo de nulidad el siguiente: “*Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia*”. Motivo de nulidad que no se contempla en la LOPJ.

Otras diferencias existentes entre ambas regulaciones se han eliminado en la reforma de la Ley 13/2009, que ha modificado la LEC para adaptar su regulación a las modificaciones que había introducido la LO 6/2007 en la LOPJ. En su virtud se ha modificado el art. 228.1 LEC, que ahora establece que el incidente excepcional de nulidad podrá interponerse fundado en: “... *cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución...*”. Curiosamente, la unificación de la regulación de la nulidad procesal en este punto no se ha podido producir en tanto que la Ley 13/2009 también ha modificado el art. 225.6 LEC, como se ha expuesto en el párrafo anterior, sin haber modificado la LOPJ para que previese también ese motivo de nulidad.

5.1. Motivos y efectos de la nulidad procesal.

La regulación legal en esta materia parte de la inicial relación de los actos judiciales que la Ley declara que serán nulos de pleno derecho. Estos son los referidos en el art. 238 LOPJ: – los actos realizados con falta de jurisdicción o de competencia funcional; – los realizados bajo violencia o intimidación; – cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; – cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley establezca como preceptiva; – cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial y; – en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan. A los motivos citados, se deben añadir dos más que no se hallan en la LOPJ, pero sí en el art. 225 LEC. En su virtud, serán también nulos de pleno derecho los actos que se hallen en los siguientes supuestos: – Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial; – Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto

cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.

También serán nulos de pleno derecho los actos procesales en los casos en los que la ley procesal así lo establezca. Así sucederá con la infracción del art. 137 LEC, que exige la presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas, cuyo incumplimiento producirá la nulidad de pleno derecho; el art. 609 LEC sobre el embargo realizado sobre bienes inembargables; o el art. 194 LEC sobre la obligatoriedad de que los Jueces y Magistrados que hubieren asistido a la vista o juicio dicten la sentencia aunque hubieren dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto. En todos estos supuestos la LEC también prevé la consecuencia de la nulidad de pleno derecho¹⁹.

No se regulan expresamente en la LOPJ los supuestos de nulidad simple. O, dicho de otro modo, nulidad que la ley no califique expresamente de pleno derecho. A estos actos nulos se refiere el art. 240.1 LOPJ cuando establece que serán nulos los actos en los que concurran: *“defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión”*. También se prevé la consecuencia de la nulidad en otros preceptos legales como, por ejemplo, el art. 166 LEC respecto a la práctica de actos de comunicación. Y, en cualquier caso, serán nulos los actos procesales que infrinjan las normas que los regulan.

Finalmente, serían actos irregulares los afectados con simple defectos que pueden ser corregidos y que no producen la invalidez del acto procesal.

La exposición anterior ha conducido a la doctrina a diferenciar entre la nulidad absoluta o de pleno derecho, la nulidad relativa

19. No se refiere la ley expresamente a la nulidad de pleno derecho para el caso del supuesto previsto en el art. 194 LEC. Sin embargo, en razón de la naturaleza del supuesto no cabe duda de que se producirá el efecto de la nulidad radical de lo actuado. En este sentido, el art. 194 LEC concreta la norma prevista en del art. 137 LEC, por cuanto la obligatoriedad de que el Juez presencie e inmedie la prueba determina que la sentencia deba dictarse por ese Juez con independencia de que ya no ejerza sus funciones en el tribunal donde se sustanció el asunto. En consecuencia, la sentencia dictada por Juez distinto al previsto en la Ley es nula de pleno derecho.

(anulabilidad) y la irregularidad basada en las conocidas categorías de la doctrina civilista que distingue entre los vicios de nulidad atribuyendo naturaleza y consecuencias distintas a cada uno de aquellos. Es clásica a este respecto la distinción tradicional entre la nulidad de pleno derecho y la nulidad simple o anulabilidad. Así, en aplicación de la doctrina civil, la nulidad de pleno derecho produciría la invalidez de todo lo actuado con plenos efectos desde que se produjo el vicio determinante de la nulidad (efecto *ex tunc*). Mientras la nulidad simple o anulabilidad tendría el efecto de comportar la nulidad, únicamente, de las actuaciones que hubieren resultado afectadas por el vicio, pero no así de aquellas otras que no estuvieren en ese caso (efecto *ex nunc*).

Esa imagen estática de la nulidad civil no es de aplicación, sin embargo, a la nulidad procesal donde no rige tal distinción radical entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, sino más bien de una identidad sustancial que se pone de manifiesto al apreciar la existencia de un mismo tratamiento procesal de apreciación e ineficacia de cualquier clase de nulidad procesal; la aplicación de los principios de conservación y subsanabilidad de los actos procesales (art. 240.2 LOPJ); y la convalidación, cualquiera que sea el vicio de que adolezcan, de los actos procesales nulos por el mero transcurso del tiempo. De modo que transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución, no existe medio procesal alguno para poner de manifiesto un vicio de nulidad y obtener su declaración en una resolución judicial. La semejanza de los supuestos de nulidad también se muestra en la propia caracterización de los supuestos de nulidad de pleno derecho que se contienen en el art. 238 LOPJ y los de nulidad que se definen por exclusión en el art. 240.1 LOPJ que establece los actos que serán simplemente nulos por contraposición con los actos nulos de pleno derecho: “*La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para que los actos procesales alcancen su fin o bien que determinen efectiva indefensión*” (art. 240.1 LOPJ). Es decir, que están por un lado, los actos nulos de pleno derecho y, por otro, los actos procesales que carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin y los que determinen efectiva indefensión a las partes en el proceso. Como se ve, no existe una diferencia en la gravedad del vicio que afecta a los actos de nulidad de pleno

derecho frente a los que se califican de simplemente nulos. Más aún, el motivo más recurrente de nulidad, el que se fundamenta en la infracción procesal con efectiva indefensión, se refiere en el art. 240.1 LOPJ como un motivo de nulidad y en el art. 238.3 LOPJ como motivo de nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, dicho lo anterior, no cabe duda de la especial trascendencia de los motivos de nulidad de pleno derecho contenidos en el art. 238 LOPJ. Motivos de nulidad en los que se constata la voluntad del legislador de destacar la importancia que se atribuye a la infracción de ciertas normas que se consideran esenciales para el ordenamiento procesal y la correcta sustanciación de los procesos judiciales. A ese fin, la Ley refuerza la consecuencia de la sanción de ineficacia para los actos procesales nulos de pleno derecho. Y lo hace de un modo directo, sin haber lugar a grado alguno de discrecionalidad judicial que permita adoptar otra decisión. La especial característica de las infracciones de nulidad de pleno derecho también se pone de manifiesto respecto a los motivos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 238.1 LOPJ) y violencia o intimidación que afectare al tribunal (art. 238.2 LOPJ), que podrán apreciarse de oficio en vía de recurso aunque no hubieren sido motivos del recurso interpuesto.

Aunque es preciso destacar que, paradójicamente, el motivo principal de nulidad de actuaciones, que es el referido a la infracción procesal con efectiva indefensión, no puede determinarse de forma automática por comparación entre el acto y la norma; sino que será preciso que se denuncie oportunamente por la parte afectada y que el tribunal aprecie la existencia de efectiva indefensión. Este ejemplo muestra la dificultad de partir de conceptos apriorísticos en esta materia de especial dificultad. Por eso consideramos que la nulidad procesal debe analizarse desde el punto de vista del modo de denunciarla en el proceso y de los efectos que produce.

5.2. Tratamiento procesal de la nulidad de los actos procesales.

La nulidad de los actos procesales se declarará de oficio o a instancia de parte conforme está previsto en los arts. 240 y 241 LOPJ.

El tribunal podrá de oficio, previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de todas las actuaciones, de un acto procesal concreto o de parte del mismo, con tres límites: 1º) No puede procederse a la declaración de nulidad una vez que se hubiere dictado resolución que ponga fin al proceso (art. 240.2 LOPJ); 2º) No procederá la declaración de nulidad si el acto fuese susceptible de subsanación. 3º) No podrá el tribunal decretar de oficio la nulidad de un acto cuando conozca de un recurso, salvo que el vicio afecte a la falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o hubiere existido violencia o intimidación que afectare al tribunal (art. 240.2.2 LOPJ). El incidente para la declaración de oficio de la nulidad también puede iniciarse a instancia de las partes que pueden dirigirse al tribunal para que proceda en este sentido y declare, si lo considera oportuno, la nulidad de actuaciones. Sin perjuicio del derecho de las partes para instar la nulidad mediante los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos en la Ley (arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC).

La apreciación de oficio de la nulidad exige la previa audiencia a las partes. Al no especificarse legalmente la vía a seguir para esta audiencia, la práctica forense se ha inclinado por que el órgano judicial notifique, mediante providencia, a las partes las posibles causas de nulidad. Estas evacuarán las alegaciones que estimen convenientes dentro del plazo previsto en aquel proveído (normalmente de 5 a 10 días). En alguna ocasión se ha optado por notificar a las partes aquellas posibles causas de nulidad y citarlas a una comparecencia, para que pudiesen alegar en la misma lo que a su derecho convenga. Seguidamente, se resolverá mediante auto –art. 245.1b) LOPJ–, contra el que cabrá interponer recurso de apelación.

El principio general para la alegación y denuncia de la nulidad de actos procesales es la utilización de los medios específicos de denuncia previstos en la Ley y, en su defecto, mediante los recursos establecidos contra las resoluciones judiciales. Así, cuando las partes entiendan que se ha producido una infracción de las normas procesales de carácter imperativo deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano jurisdiccional para que se proceda por este a su subsanación.

Esta denuncia se producirá por los medios de impugnación previstos en la Ley entre los que se incluyen todos aquellos incidentes a

disposición de las partes mediante los que la parte se puede oponer a la tramitación del proceso en un sentido determinado. Entre estos, se hallan los incidentes específicos regulados en la LEC, como la declinatoria para denunciar la infracción de jurisdicción o competencia (art. 63 LEC); los incidentes de carácter general previsto en los arts. 387 a 393 LEC o las excepciones procesales mediante las que se deben denunciar, por ejemplo, la inadecuación del procedimiento o el defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 405 LEC). Además, también pueden considerarse medios de impugnación a este efecto la tercería de dominio u otros expedientes como el juicio declarativo posterior a la ejecución hipotecaria previsto en el art. 698 LEC.

En el proceso penal, la nulidad de actuaciones puede alegarse en el procedimiento abreviado en el trámite de cuestiones previas regulado en el art. 786.2 LECrim, o del incidente previsto en el art. 666 LECrim en el procedimiento por delitos graves. Sin perjuicio de que en proceso penal rija el principio de tutela judicial efectiva y de defensa, que permite la alegación de cuestiones de nulidad en cualquier momento de la sustanciación de la instrucción criminal.

La denuncia de la infracción procesal mediante los medios específicos de impugnación tiene carácter principal para la infracción concreta de que se trate. De modo que la denuncia de la infracción procesal debe producirse por ese medio con preferencia a los recursos o la petición al Juez para que actúe de oficio. Frente a la denegación de la petición formulada en vía incidental, podrá la parte reproducir la cuestión en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva y, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal. La falta de impugnación de la infracción procesal mediante el incidente que corresponda impedirá a la parte la posterior alegación de ese mismo motivo o la futura impugnación de las resoluciones que se pudieran dictar en el proceso por esa causa.

En caso de que no exista un medio específico de impugnación, la parte interesada deberá denunciar la nulidad mediante los recursos previstos en cada procedimiento que, por lo general, serán los de reposición o reforma y apelación. También cabe la alegación de la nulidad procesal en casación fundando el recurso en el la infracción procesal (proceso civil) o quebrantamiento de forma (proceso penal).

5.3. El incidente de nulidad frente a resoluciones que hubieren adquirido firmeza.

La nulidad procesal, como norma general, únicamente podrá declararse, de oficio o a instancia de parte, siempre que no hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso (art. 240.2 LOPJ). Pero la ley también prevé la posibilidad de declarar la nulidad de resoluciones que ya hubieren adquirido firmeza mediante el incidente excepcional de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ. Véase, sobre este incidente, el Cap. 31 del Volumen II de esta obra.

Este es un remedio procesal extraordinario para la defensa del derecho de tutela judicial efectiva frente a resoluciones que hubieren adquirido firmeza. A ese fin, podrán denunciarse los vicios de nulidad en aquellas situaciones en las que, recaída sentencia o resolución que ponga fin al proceso, no hubiera sido posible impugnarla, de tal modo que hubiera adquirido firmeza²⁰. Con base en su naturaleza de remedio procesal frente a resoluciones firmes, el incidente de nulidad debe incluirse entre los medios de rescisión de sentencias firmes, como son el recurso de revisión (arts. 509 y ss. LEC), y el recurso de audiencia al condenado rebelde (arts. 501 y ss. LEC). Estos medios de rescisión comparten una naturaleza análoga —aunque distinto fundamento—. También es similar el procedimiento seguido que tiene por finalidad resolver sobre la rescisión de la resolución impugnada por causa de la nulidad denunciada. Finalmente, su naturaleza de medio excepcional

20. Esta definición no es la única que puede darse de este complejo instrumento procesal, pero tiene la virtud de poner el acento en lo importante y esencial que tiene, que es servir para la defensa del derecho de tutela judicial efectiva y la circunstancia de que la resolución ya es firme y no cabe, por tanto, ningún recurso. Así lo ha caracterizado el TC que ha declarado que: “... *el incidente de nulidad de actuaciones.../... constituye ‘el remedio procesal idóneo para obtener la reparación de los ‘defectos de forma’ que hubieran causado indefensión o de la incongruencia del fallo...*” (STC 237/2006, de 17 de julio). Y también el TS que considera que es el remedio ordinario para la denuncia de los defectos de forma una vez recaída resolución firme: “*pues el incidente de que se trata (art. 240.3 LOPJ) es cauce idóneo para pedir la nulidad de actuaciones terminadas por resolución firme cuando se pretenda la existencia de un defecto de forma que hubiera causado indefensión*” (STS de 6 de mayo de 2004, Recurso de Revisión núm. 61/2002 [RAJ 2004\2101]).

impide que pueda utilizarse el incidente de nulidad de forma indiscriminada o convertirlo en una última instancia que permita un análisis de los hechos y de las pruebas practicadas o para combatir la interpretación de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezca a un proceso lógico y que haya servido de base a la convicción psicológica en que conste la resolución (STS de 30 noviembre de 2000 [RAJ 9585]).

5.3.1. *Características y motivos del incidente excepcional de nulidad de actuaciones.*

Las principales notas características del incidente de nulidad son las siguientes:

1^a) Es excepcional. Es un remedio procesal que cabe frente a resoluciones que ya han adquirido firmeza. De modo que se excepciona el principio fundamental de la intangibilidad de las resoluciones judiciales reforzado con la institución de la cosa juzgada que tiene por finalidad garantizar la paz y la seguridad jurídicas como fines esenciales del proceso²¹.

2^a) Es extraordinario. Puesto que queda sometido al cumplimiento de requisitos de esta naturaleza. Concretamente respecto a los motivos por lo que cabe su interposición, que tienen carácter extraordinario y no general. Efectivamente, el incidente únicamente podrá fundarse en “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*”²².

21. Las resoluciones judiciales son invariables e inmodificables una vez dictadas, sin perjuicio de que posteriormente puedan resultar modificadas por efecto de un recurso o de una declaración de nulidad acordada de oficio por el Tribunal. Pero una vez que ha recaído la cosa juzgada, el efecto se potencia de modo que salvo los remedios excepcionales previstos en la Ley, no cabe, de ningún modo, la modificación de la resolución que producirá los efectos que sean procedentes, excluyéndose otro proceso que tenga por objeto el mismo contenido resuelto en el proceso antecedente (art. 222 LEC).

22. La redacción vigente se introdujo en la reforma de la LO 6/2007, puesto que hasta ese momento los motivos por los que cabía interponer el incidente eran: los vicios de forma o de incongruencia. Las razones de la modificación legal deben hallarse

3ª) Es subsidiario. Esta característica se manifiesta de dos modos. En primer lugar, se exige que no haya sido posible denunciar la infracción antes de que hubiera recaído la resolución que puso fin al proceso y que la resolución de la que se pide la nulidad no pueda ser impugnada mediante recurso ordinario o extraordinario, para reparar el vicio de nulidad²³.

La cuestión a determinar es cuales sean esos recursos ordinarios y extraordinarios a los que se refiera la Ley y, concretamente, si dentro de estos se incluyen los otros medios de rescisión de la sentencia firme. Esta última parece ser la única interpretación posible, ya que resulta claro que frente a una resolución firme no cabe ningún recurso ni ordinario ni extraordinario, sino únicamente, y en su caso, algún medio extraordinario de impugnación de sentencias firmes como la audiencia al condenado rebelde, el recurso de anulación o el de revisión. El problema consiste en el hecho de que en realidad los señalados son medios de impugnación específicos que proceden por motivos tasados, mientras que el incidente de nulidad es un medio genérico. De modo que, finalmente, procederá un medio extraordinario de rescisión como los señalados o el incidente de nulidad según el supuesto. Siendo preferente el medio de rescisión específico cuando concurra el motivo tasado por el que procede²⁴.

en la voluntad del legislador de favorecer el uso del incidente excepcional de nulidad como último medio del amparo judicial ordinario, previo al amparo constitucional. Precisamente, la LO 6/2007 tenía por principal objeto la reforma de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para introducir una nueva regulación, más restrictiva, del procedimiento de admisión del recurso de amparo. Al mismo tiempo, la Ley otorga: “*a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”. (Exposición de Motivos de la LO 6/2007).

23. Naturalmente, tampoco cabría el incidente en el caso de que la infracción se hubiere denunciado oportunamente y, no obstante, el tribunal no la hubiere apreciado. Pues bien, tampoco en ese caso cabría la admisión del incidente, sin perjuicio de impugnar la sentencia que se hubiere dictado mediante los recursos establecidos a tal efecto. Así debe ser con base en la redacción legal de la norma que establece claramente como requisito para la admisión del incidente que: “*no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso*” (art. 241.1 LOPJ).

24. Así por ejemplo, ante el caso de una nulidad por falta de audiencia de un demandado que no fue notificado correctamente de la interposición de la demanda

En segundo lugar, el incidente de nulidad es subsidiario respecto al recurso de amparo ante el TC. Sobre este particular, el TC ha declarado que el incidente de nulidad constituye un remedio idóneo y previo a la petición de amparo constitucional²⁵. Esta subsidiariedad se ha reforzado con la reforma de la LO 6/2007, que ha modificado los motivos del incidente, que procederá frente a “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*” (art. 241.1 LOPJ). Modificación del incidente de nulidad de actuaciones que la exposición de motivos de la LO 6/2007 afirma que responde a la intención de ampliar su ámbito a “*cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico*”.

El problema que plantea esa atribución consiste en la distinta función que implica con relación a la de remedio excepcional para la denuncia de la nulidad de actuaciones. Puesto que la subsidiariedad como impugnación previa al amparo judicial quiere significar que es la vía procesal ordinaria que debe utilizarse antes de acudir al amparo constitucional. Función para la que el incidente no está diseñado y que si se generaliza puede presentar algunos problemas²⁶.

procederá, preferentemente, el recurso de audiencia al condenado rebelde previsto en los arts. 496 y ss. LEC. Sin perjuicio de que pudiera conseguirse el mismo efecto con el incidente de nulidad de actuaciones.

25. Véanse, en este sentido, las SSTC 237/2006, de 17 de julio y 288/2005 (Sala Segunda), de 7 noviembre.

26. Efectivamente, el incidente excepcional de nulidad no puede servir al fin de: “*otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico*”, por impedirlo los límites que emanan de su propia regulación. Así resulta de su regulación, que exige que el vicio no se haya podido denunciar antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que no quepa otro recurso ordinario ni extraordinario. Esto significa que el incidente de nulidad, al menos tal y como está regulado, no puede utilizarse como el recurso que agote la vía jurisdiccional antes del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, justamente porque la vía jurisdiccional ya se agotó con la sentencia dictada en apelación.

El motivo único establecido para fundar la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones consiste en: “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*” (art. 241.1. LOPJ)²⁷. El motivo para la interposición del incidente es excepcional y está tasado, no pudiendo fundar la petición de nulidad en otros motivos distintos a los expresamente previstos en la Ley, con independencia de la gravedad o trascendencia del vicio (STC 237/2006, de 17 de julio).

De modo que el incidente de nulidad podrá fundarse en cualquiera de los derechos susceptibles de una especial protección que son los que se contienen en los artículos 14 al 29 de la Constitución. Entre estos, el derecho a la igualdad, al honor, a la libertad religiosa, a la tutela judicial efectiva, a la huelga, a la reunión, a la libertad de expresión, etc. De los que conforme con la redacción del art. 241 LOPJ: “*cualquier vulneración*” de estos derechos podrá fundar el incidente de nulidad.

El problema consiste en la imposibilidad de convertir, por mero deseo del legislador, un procedimiento en aquello que no es. A ese fin, el legislador ha ampliado el ámbito del incidente de nulidad y lo ha designado como el cauce procesal que debe utilizarse para que los tribunales ordinarios sean garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, estas normas por sí solas no pueden modificar la configuración legal del incidente de nulidad, que está configurado para solicitar la nulidad por infracción procesal que produzca una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva con indefensión (art. 24 CE). Incluyendo dentro de ese amplio concepto de la tutela judicial efectiva todo el compendio de derechos que el TC ha venido definiendo en su jurisprudencia. Pero para lo que no es aplicable el incidente de nulidad, es para servir como procedimiento de garantía de los derechos fundamentales de los arts. 14 al 29 CE y mucho

27. En su anterior redacción establecida en la LO 19/2003, el art. 242.1 LOPJ disponía como motivos del incidente los: “... *defectos de forma que hubieran causado indefensión o la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, esta no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario*”.

menos para denunciar: “*cualquier vulneración*”. Más aún, en la propia regulación del incidente, art. 241.1.2 LOPJ, se exige la concurrencia de efectiva indefensión a propósito del plazo para interponer el incidente: “*El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión*”.

Efectivamente, nótese que el incidente de nulidad se dirige a solicitar la nulidad de una sentencia firme (o también, en su caso, un auto) que habrá recaído en un procedimiento previo. De modo que lo que puede plantearse en el incidente de nulidad tiene por objeto el proceso ya sustanciado, se trate de lo que se trate. De modo que el ampliar el catálogo de infracciones por las que procede interponer el incidente de nulidad de nada sirve, puesto que los vicios que pueden fundarlo van a ser los que son, de infracción procesal, incluyendo la incongruencia absoluta, en cualquier caso con efectiva indefensión. Vicios determinantes de nulidad que no habrán podido denunciar durante el proceso, ya que en ese caso no procedería interponer el incidente en razón de su carácter excepcional y subsidiario. Claro que, teóricamente, podría plantearse una vez finalizado el proceso, la vulneración de cualquier derecho fundamental distinto del de tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Pero en la práctica no es posible, tanto es así que resulta muy difícil hallar un solo ejemplo en el que pueda suceder así.

De modo que, en realidad, el ámbito propio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones es el de la infracción procesal que haya producido efectiva indefensión. Así se prevé en el art. 241.1.2 LOPJ, que con relación al plazo para interponer el incidente exige que se hubiere producido efectiva indefensión: “*El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión*”.

La amplitud del motivo permite fundar el incidente en un amplio catálogo de infracciones procesales. Entre estas, las relativas al cumplimiento de las normas sobre citaciones y emplazamientos, en la práctica de la prueba, etc. Siempre teniendo presente que la utilización del incidente queda limitada por la exigencia de que no haya podido denunciarse la nulidad procesal antes de que hubiere recaído resolución

que hubiese puesto fin al procedimiento²⁸. Por esa razón, una de las principales utilidades del incidente de nulidad por este motivo de infracción procesal será la de servir de medio de impugnación para la parte legítima (que no fue citada al procedimiento en tal calidad) que se viera afectada por una resolución dictada sin haber sido oída ni haber participado en el procedimiento. También servirá para las partes en el supuesto de que las circunstancias de la nulidad hubieren sido conocidas después de dictada la resolución final del procedimiento.

5.3.2. *Procedimiento.*

Podrán interponer el incidente de nulidad de actuaciones: “*quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo*”. Esta amplia legitimación permite en el proceso civil que el tercero a quien pueda afectar la sentencia pueda alegar la nulidad en defensa de sus intereses legítimos. Sin embargo, en el proceso penal, en el que son de aplicación reglas estrictas de legitimación procesal, la importancia de esta amplitud de la norma será menor.

La competencia para conocer de este incidente se atribuye al mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza (art. 241.1.2 LOPJ). Opción legal criticable por la circunstancia de que sea el tribunal que dictó la sentencia firme el que deba revisar su propia actuación. Por esa razón, se ha postulado porque conozca del incidente un Tribunal superior considerando que un

28. La incongruencia del fallo también puede motivar la interposición de un motivo de nulidad de actuaciones, aunque ya no se halle expresamente citado como motivo en el art. 241.1 LOPJ, desde la reforma de la LO 6/2007. Esto es así en tanto que el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, es decir, la incongruencia procesal, vulnera el derecho de tutela judicial efectiva. Así sucede, por ejemplo, con la incongruencia omisiva, que acostumbra a ser la más frecuente. En este caso, el vicio se produce, conforme con la jurisprudencia del TC, cuando: “... *el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución*” (Véanse, entre otras, las SSTC 91/2003, de 19 de mayo; 83/2004, de 10 de mayo; 52/2005, de 14 de marzo; y 95/2005, de 18 de abril).

tribunal superior, y distinto al que conoció del proceso en el que dio la infracción procesal determinante de nulidad, se halla en mejor posición para apreciar un vicio de nulidad sobrevenida²⁹.

El incidente se iniciará por medio de una petición por escrito ante el mismo Tribunal que dictó la resolución impugnada dentro del plazo de veinte días desde la notificación de la resolución que ponga fin al proceso o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución (art. 241.1.2 LOPJ). La resolución que se impugna es la que pone fin al proceso, pero, obviamente, la infracción procesal determinante de la vulneración de la tutela judicial efectiva puede haberse producido en cualquier trámite anterior.

El escrito de interposición del incidente deberá observar los requisitos ordinarios de los recursos y, además, el contenido específico exigido para su admisión en el art. 241 LOPJ, con relación a la imposibilidad de la denuncia previa de la infracción procesal y el cumplimiento del plazo de interposición. También se contendrán las alegaciones que procedan sobre la vulneración del derecho fundamental que fundamente el incidente de nulidad. A este requisito se refiere la Ley, que establece que se dará traslado a las demás partes del escrito y los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que se base la impugnación. La Ley no se refiere a los requisitos de postulación. Pero será necesario comparecer con procurador y estar asistido de abogado, en tanto que la ley no excluye su intervención –arts. 23 y 31 LEC–, por lo que el escrito deberá presentarse con la asistencia de ambos profesionales.

La pretensión del incidente debe ser la de la petición de nulidad del acto procesal viciado con base en la afectación del derecho de tutela

29. Este argumento gana fuerza si se piensa, no en la denuncia de la infracción procesal sobrevenida, sino en la utilización del incidente de nulidad como medio de impugnación último del amparo judicial ordinario y previo al amparo constitucional. En ese caso, tratándose de denuncia de las infracciones procesales producidas y denunciadas durante el proceso, parece conveniente que sea un Tribunal Superior el que conozca del incidente.

judicial efectiva causante de indefensión. Y, en tanto que se trata de una nulidad de pleno derecho que ha impedido al solicitante actuar sus derechos en el procedimiento, se debe solicitar la nulidad de todos los actos realizados desde que se produjo la infracción con retroacción de las actuaciones a ese momento procesal. Sin perjuicio de que el tribunal pueda declarar la subsanación o conservación de los actos procesales que no estuvieren afectados por la nulidad. Lo que no cabe, en ningún caso, es pretender mediante el incidente de nulidad la rectificación de la sentencia respecto de errores de apreciación o enjuiciamiento sobre el fondo del asunto. Véase a este respecto la STC 23/2005, de 14 de febrero, que declara a este respecto inadmisibles la resolución del incidente de nulidad para permitir: “*un nuevo examen de las actuaciones*”, esto es, en una nueva reflexión sobre el problema planteado desde el inicio por el apelante”.

El solicitante puede solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia o resolución de que se trate, para impedir que se consumen los efectos de la resolución nula. De modo que si conoce de la ejecución el mismo tribunal que dictó la sentencia que se impugna, se podrá solicitar la suspensión en el mismo escrito de interposición del incidente. En caso contrario, se interpondrá el incidente y, una vez admitido, se presentará escrito ante el tribunal que estuviere conociendo de la ejecución. A ese fin, el art. 241.2 LOPJ se refiere expresamente a la posibilidad de suspensión al prever que se pueda adoptar esta decisión, que deberá solicitar el interesado de forma expresa.

La admisión del incidente queda sometida al cumplimiento de los requisitos ordinarios de acceso a los recursos y además los específicos previstos en el art. 241.1 LOPJ. Efectivamente, la circunstancia de que el incidente de nulidad tenga carácter excepcional no impide que su admisión deba producirse conforme con las normas de legalidad ordinaria de derecho de acceso a los recursos. En consecuencia, corresponde a los tribunales comprobar que concurren los requisitos legalmente establecidos en la ley para la admisión del incidente motivando la admisión o denegación del mismo. Además, el tribunal deberá comprobar que la petición de nulidad observa los requisitos de tiempo para la interposición del recurso y los específicos establecidos para la procedencia del incidente. No se admitirá ningún incidente en el que se planteen otras cuestiones distintas a la petición de nulidad.

Cuando se cumplan todos los requisitos, el Tribunal competente dictará auto admitiendo el incidente excepcional de nulidad³⁰. También puede acordar la suspensión de la ejecución cuando se hubiere solicitado en el escrito de interposición con base en lo previsto en el art. 241.2 LOPJ. El Tribunal resolverá sobre la petición de suspensión a la vista de las circunstancias y, especialmente, atendiendo al criterio de la producción de un perjuicio irreparable que no pueda subsanarse o repararse en el caso de que, finalmente, el tribunal acordara la nulidad de la resolución. La decisión de suspensión, en cualquier caso, no puede ser arbitraria, sino que debe fundarse en el criterio razonado del Juez, a petición expresa de la parte, valorando los derechos que resulten afectados en el caso concreto.

La inadmisión del incidente se resolverá, por lo general, por auto motivado en el que el tribunal deberá razonar las circunstancias que conducen a adoptar esa decisión. Aunque la Ley dispone que deberá dictarse providencia motivada (lo que supone una contradicción en los términos de la expresión) (art. 241.1, “in fine”, LOPJ)³¹. Frente a esta resolución no cabe recurso alguno. En cualquier caso, será necesario que la resolución de inadmisión se motive suficientemente, a fin de que pueda apreciarse la racionalidad de la decisión adoptada permitiendo el conocimiento de la parte y, en su caso, el control posterior del TC en

30. La Ley no refiere qué forma adoptará la resolución de admisión, que pudiera ser una providencia, máxime cuando para inadmitir la petición, la ley dispone que se dice “*providencia sucintamente motivada*”. Sin perjuicio de que en razón de la petición y de las circunstancias concurrentes, entienda el Juez que procede dictar un auto.

31. La razón de la norma no puede buscarse en el error inicial de la LEC 1/2000, donde se introdujo, entendemos con flagrante error, una suerte de norma general que “*sembró*” de providencias aquellas normas donde el legislador no había establecido que resolución debía dictarse. Así, por ejemplo, el art. 465.4 LEC prevé de forma absurda que la apreciación de la nulidad radical en apelación con retroacción de las actuaciones se acordará por providencia. Así se estableció también en el art. 228 LEC, que regula el incidente excepcional de nulidad en la LEC, y prevé que la inadmisión se resuelva por providencia. Pero, en este caso el error no puede atribuirse al vicio originario de la LEC, ya que la redacción actual del art. 241.1 LOPJ se introdujo por reforma de la LO 19/2003 que fue la que introdujo la referencia a que la inadmisión del incidente se produjera por providencia sucintamente motivada.

el amparo constitucional. Así lo ha declarado con rotundidad el TC con relación a la falta absoluta de motivación (STC 92/2007, de 7 de mayo).

O a la inadmisión del incidente por extemporáneo (STC 105/2006, de 3 de abril). A este respecto, el TC ha declarado que no cabe la inadmisión del recurso, por presentación fuera de plazo, cuando el recurrente había intentado antes una vía procesal inadecuada de la que fue informado en la Instrucción de recursos. En ese caso, el cómputo se iniciará desde que se notifica la inadmisión del recurso. Este es el supuesto de la STC 57/2006, de 27 de febrero, en la que el TC ampara al recurrente de nulidad que intentó un recurso de casación improcedente sugerido erróneamente por el Tribunal, y al que posteriormente se le inadmitió el incidente por hallarse fuera de plazo.

En estos supuestos, y en general en cualquier resolución de inadmisión, el TC ha exigido motivación suficiente, pues la denegación de la admisión inmotivada, irrazonable o arbitraria puede en sí misma producir indefensión. A este respecto, distingue el TC entre la aplicación de las normas sobre la admisión de los recursos y la necesaria motivación de las resoluciones en las que se aplican. Las primeras resultan de la aplicación de la legalidad ordinaria, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales y que no puede ser objeto de control en el amparo constitucional. Sin embargo, sí puede ser objeto de control constitucional la inexistencia de motivación, el error patente o la arbitrariedad, que pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

La resolución que se dicte inadmitiendo el recurso es irrecurrible, sin perjuicio de que pueda recurrirse en amparo, una vez agotada la vía jurisdiccional mediante el incidente de nulidad, según exige el art. 44.1.a) LOTC.

Admitido a trámite el incidente, se dará traslado del escrito de interposición, con los documentos que se hubieren aportado, al resto de los que hubieren sido parte en las actuaciones, que en cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones acompañando los documentos que estimen pertinentes. En el escrito de contestación se deberán contener las alegaciones de oposición, o en su caso de conformidad, con la pretensión de nulidad. En principio, no cabría formular nuevas alegaciones de nulidad por no estar expresamente previsto. Sin embargo, nada

impide solicitar la nulidad por distintos motivos siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Ley. De modo que, probablemente, lo correcto sería abrir un nuevo incidente de nulidad que se acumularía al que se estuviere sustanciando, resolviéndose los dos al mismo tiempo. Nada prevé la ley sobre la práctica de prueba. Más al contrario, de la lectura de la ley parece deducirse la querencia por una tramitación escrita. Sin embargo, nada impide que se adopte respecto a la prueba un criterio amplio que permita la práctica de aquellos medios probatorios previstos en la Ley de conformidad con los criterios de pertinencia y utilidad³². Así, el solicitante de la nulidad podrá solicitar que se practique prueba testifical o de cualquier otra clase. También podrá, por ejemplo, solicitar que el tribunal solicite documentos a los que no tiene acceso la parte, o incluso solicitar al Juez que los reclame a los que deben comparecer en calidad de partes en el incidente.

También cabe la posibilidad de que el tribunal proceda a la inadmisión del incidente excepcional de nulidad una vez admitido inicialmente y dado traslado a las partes. Incluso cabe acordar la inadmisión en la fase de deliberación y fallo del procedimiento ya sustanciado si el órgano judicial advierte en ese momento el incumplimiento de algún requisito legal necesario para dar curso al trámite procesal. Así lo ha declarado el TC que, sin embargo, exige que en ese caso: “... *el juzgador deberá dar cuenta de la causa y razón que justifica tal decisión para satisfacer así la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)*” (STC 92/2007, de 7 de mayo).

El incidente finaliza por resolución que decidirá, exclusivamente, sobre la nulidad de la sentencia o resolución impugnada. Esta resolución será un auto o una sentencia según la clase de la resolución que hubiere sido impugnada por este especial cauce. Aunque algún autor considera que debe resolverse por auto. Ciertamente, el incidente po-

32. En su redacción inicial, el proyecto de LO 5/1997 que entró en el Congreso de los Diputados preveía que se admitiese prueba sin ninguna restricción. Esta regulación se modificó a consecuencia de la enmienda n° 39 fundada en el informe del CGPJ que consideraba que la amplitud de la prueba en este incidente podía dilatar la tramitación y convertirlo en un cauce declarativo más.

dría finalizar por auto según establece el art. 245.1.b). LOPJ, pero debe tenerse en cuenta que la resolución que ponga fin al incidente va a resolver, en su caso, la nulidad de actuaciones o de una sentencia firme. Por esa razón, consideramos que el Tribunal debe pronunciarse en forma de sentencia cuando se pronuncie para declarar la nulidad de unas actuaciones en las que ha recaído sentencia firme. Pero, en el caso de que se solicite la nulidad de un auto, o bien que se acuerde desestimar la nulidad el Juez se pronunciará en auto.

En el supuesto de acogimiento de vicios de forma, el Tribunal una vez apreciados, debiera reponer las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta. Pero obsérvese que en este caso, el fallo puede ser el mismo, ya que repuesto el derecho fundamental violado, la resolución puede tener el mismo contenido. En ese supuesto, consideramos de pura lógica que el Tribunal dicte nueva resolución sin retrotraer el proceso. Sin embargo, cuando el Tribunal hubiera conocido de una nulidad producida en primera instancia, parece oportuno que se remitan los autos al Tribunal inferior a fin de garantizar a las partes las vías ordinarias de recurso. Respecto a la denuncia de incongruencia, que resulta un motivo incluido, implícitamente, en el art. 241.1 LOPJ, téngase presente que, en cualquier caso, cuando el Tribunal acoja este vicio, va a emitir un fallo distinto, ya que la incongruencia procesal supone una divergencia entre las peticiones de las partes y el fallo.

Si la resolución fuese desestimatoria del incidente, se condenará al solicitante a pagar todas las costas. Además, en el caso de que el tribunal entienda que la nulidad se promovió con temeridad, le impondrá una multa de 90 a 600 euros (art. 241.2 LOPJ). La temeridad la deberá apreciar el tribunal que conozca del incidente con base en distintos criterios: así la interposición extemporánea cuando se acredite que conocía del procedimiento y las resoluciones que solicite se anulen; la falta absoluta de fundamento, etc.

Contra la resolución recaída en este incidente no cabe recurso alguno, según establece expresamente el art. 241.2.3 LOPJ. Antes de la reforma, algunos autores postulaban por la posibilidad de recurrir esa resolución. Sin embargo, no cabe duda de la redacción legal que determina la irrecurribilidad de la resolución. A salvo, claro está, del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional.

6. SUBSANACIÓN, CONSERVACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES.

La conservación y subsanación de los actos judiciales son dos principios del Derecho procesal que se regulan en los arts. 243 LOPJ y 230 LEC.

De acuerdo con el primero de estos principios, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel, ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable, aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. Tampoco la nulidad de parte de un acto implicará la de las restantes partes que sean independientes de aquella.

El principio de subsanación de los actos procesales se prevé en el art. 243 LOPJ que dispone que: “*Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales*”. Con esta redacción podía llegar a admitirse, con excesiva amplitud, la posibilidad de subsanar los actos procesales defectuosos de las partes. Sin embargo, no es así, ya que el TC ha interpretado esta norma declarando que la subsanación será posible cuando la finalidad que se perseguía con la exigencia formal infringida pueda ser lograda con aquella sin detrimento de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela. A este fin, habrá de realizarse una interpretación finalista y conjugar la proporcionalidad entre el defecto o falta y su sanción jurídica, de forma que esta no resulte excesiva. Para ello, habrá de acudirse a una interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental. En consecuencia, deberá analizarse, a los efectos de posibilitar la subsanación del defecto, la finalidad de los trámites y de los requisitos de forma incumplidos. Es este un análisis que deberá efectuarse, siempre con carácter previo, antes de proceder a la nulidad de los actos defectuosos, para evitar que se eliminen los derechos o facultades a ellos vinculados; en especial, cuando con ello se cierre la vía de algún recurso. A ese fin, el art. 231 LEC establece que el Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

Finalmente, puede suceder que, por distintas razones, se hubiera producido la desaparición total o parcial de las actuaciones (arts. 232

a 235 LEC). Para estos casos, con el fin de poder continuar con la tramitación del proceso, la ley regula un incidente de reconstrucción de autos.

Su ámbito se extiende a cualesquiera actuaciones que se hayan extraviado o mutilado, sin establecerse limitación alguna. Así, puede aplicarse a la reconstrucción de autos en su totalidad, o bien al supuesto en que solo se hubiera perdido uno o varios documentos. También puede aplicarse a la restauración de los soportes de grabación y reproducción de la imagen y el sonido –arts. 146 y 147 LEC–, cuando se hubieran perdido o inutilizado.

Precisamente, es de todos sabido la extremada facilidad con la que puede deteriorarse el soporte de grabación en el que se registran los juicios civiles. Si se trata de soporte sólido para grabación por láser: CD-ROM, DVD, aún puede esperarse cierta resistencia del material. Sin embargo, la grabación en cinta magnética de vídeo, como sucede en algunas Comunidades autónomas puede resultar “fácilmente” afectada por la humedad, campos magnéticos, etc. También sucede que los CD-ROM que se contienen en las carpetas donde se contienen las actuaciones se suelen fracturar por el peso o la torsión.

El procedimiento para los supuestos de desaparición parcial de las actuaciones será de utilidad sin que, a nuestro entender, sea necesario que el proceso principal deba quedar paralizado. Téngase en cuenta que no existe una norma expresa que regule esta cuestión, por lo que, finalmente, la suspensión del procedimiento quedará a la discrecionalidad del órgano judicial, si bien constituye una medida de prudencia suspender la tramitación, antes de dictar sentencia definitiva, si el procedimiento hubiera llegado a dicho trámite.

Resumidamente, puede sintetizarse el procedimiento del siguiente modo:

- El expediente de reconstrucción de autos se iniciará de oficio por el tribunal, o bien por el Secretario judicial en actuaciones de su exclusiva competencia, por las partes o, en su caso, sus herederos (art. 233 LEC).
- La competencia para la reconstrucción de autos se atribuye al secretario de la oficina judicial en que la mutilación o desaparición hubiere acontecido.

- Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y del interés público que preside la reconstrucción de autos –art. 232.2 LEC–.
- El escrito en el que se inste la reconstrucción deberá identificar con la mayor precisión el procedimiento cuya reconstrucción se insta, con relación a la clase de procedimiento, las partes, la situación procesal del asunto y referencia expresa a la circunstancia concreta de la mutilación o pérdida que se hubiere producido en el procedimiento.
- El secretario judicial citará a las partes que lo hubieran sido en el proceso extraviado y al Ministerio Fiscal a la celebración de una vista, que se celebrará en los diez días siguientes, en la que se pondrán de manifiesto a las partes los documentos aportados al expediente o los que se entreguen en ese mismo acto. A la vista deberán asistir las partes y sus abogados, siempre que la intervención de éstos fuere preceptiva en el proceso cuyas actuaciones se pretenden reconstruir. La inasistencia de alguna de las partes no impedirá la prosecución de la comparecencia con las que estén presentes. En el caso que no compareciera ninguna parte se sustanciará el trámite con el Ministerio Fiscal (art. 234 LEC).
- En la vista, que presidirá el secretario judicial, se examinarán los documentos y se requerirá a las partes para que manifiesten la conformidad o disconformidad con la exactitud de los escritos y documentos presentados o que se aporten al acto de la vista. Oídas las partes y el Ministerio Fiscal se consignará en el acta de la vista, levantada por el Secretario Judicial, los puntos de acuerdo o desacuerdo prescindiendo de las diferencias accidentales que no sean necesarias para la adecuada restauración de las actuaciones (art. 235.1 y 2).
- En el caso de no existir ninguna controversia, el Secretario judicial dictará decreto declarando reconstituidas las actuaciones y fijando la situación procesal de la que deba partirse para el ulterior curso del juicio de que se trate (art. 235.3). En el caso de que existiere desacuerdo total o parcial, el Secretario judicial convocará a las partes y al Fiscal a una vista ante el Tribunal en la que se propondrá la prueba que sea precisa, que se practicará en el mis-

mo acto, o si ello no fuera posible, en el plazo de quince días. El Tribunal resolverá mediante auto la forma en que deben quedar reconstituidas las actuaciones, o la imposibilidad de su reconstitución (art. 235.4).

- Contra el auto que ponga fin al expediente de reconstrucción de autos dictado por el Juez de Paz o de primera instancia cabe recurso de apelación directo ante la Audiencia Provincial. Cuando las actuaciones son reconstruidas por la Audiencia Provincial, Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo solamente cabe el recurso de reposición –art. 451 LEC–, sin que proceda la casación o el recurso de infracción procesal contra la resolución dictada por la Audiencia, remitiéndonos al comentario del art. 468 LEC.

CAPÍTULO 7

ACTOS DE COMUNICACIÓN

Los actos de comunicación tienen como finalidad la puesta en conocimiento a las partes, terceros, órganos jurisdiccionales u organismos oficiales de las resoluciones adoptadas por el órgano jurisdiccional que conoce del proceso. Entre estos, distinguimos entre los actos de comunicación que se dirijan a otro órgano jurisdiccional, a órganos públicos, a las partes o a un tercero. Finalmente, resulta de especial importancia el modo de realizarse las notificaciones por depender de su correcta realización la audiencia del interesado.

1. ACTOS DE COMUNICACIÓN ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES. AUXILIO JUDICIAL.

Los actos de comunicación entre órganos jurisdiccionales son inherentes al deber de cooperación y auxilio judicial que tienen los tribunales entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional (arts. 169 a 177 LEC, 273 LOPJ). En este sentido, los tribunales civiles están obligados a cooperar entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 273 LOPJ) y a prestarse auxilio en las actuaciones que, habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica (arts. 169 LEC y 183 LECrim). Esta cooperación se recabará siempre que una diligencia judicial tuviera que practicarse fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado, al del lugar en cuya circunscripción deba practicarse (arts. 274 LOPJ y 170 LEC).

El auxilio judicial se solicitará por el Tribunal que lo requiera mediante exhorto, dirigido a la oficina del juzgado de Primera Instancia que deba prestarlo, que puede definirse como petición de cooperación jurisdiccional. El contenido del exhorto viene establecido en el art. 171 LEC. Su remisión se realizará directamente por el órgano exhortante al exhortado por medios informáticos o por cualquier otro que garantice la constancia de la recepción. También lo podrá tramitar directamente la parte a la que interese su cumplimiento, bajo su responsabilidad (art. 172 LEC). El cumplimiento del exhorto se regula en los arts. 172-176 LEC¹.

En consecuencia, procederá el auxilio o cooperación judicial siempre que una diligencia judicial deba ser ejecutada por un Tribunal distinto del que la haya ordenado (arts. 169 LEC y 184 LECrim). No siempre que la actuación judicial se desarrolle fuera de la circunscripción del órgano, que la hubiera ordenado será necesario recabar auxilio judicial, sino que el tribunal deberá valorar la posibilidad de desplazarse fuera del territorio de su circunscripción. Por ejemplo, la práctica de diligencias de prueba de conformidad con lo previsto en el art. 129.3 “in fine” LEC (véase los requisitos de lugar de los actos procesales en la Lección 6).

El principio general del que ha de partirse es que ha de ser, precisamente, el órgano judicial competente para conocer de cada proceso el que, con carácter general y salvo circunstancias especiales, debe practicar cuantas diligencias exija su tramitación. Ahora bien, podrá acordarse, por resolución motivada, el empleo de los sistemas de auxilio judicial, en los casos que se exponen a continuación. Con relación a la práctica de diligencias de prueba se prevé que estas se produzcan ante el tribunal que está conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de los que sean parte, testigos o peritos se halle fuera de la circunscripción judicial correspondiente. Solo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba que a aquellos se

1. Véase con relación al alcance y límites del auxilio judicial la Instrucción 4/2001 de 20 de junio del CGPJ.

refieran². La razón de este criterio restrictivo se halla en el problema que se planteará al incorporar los actos de prueba practicados por auxilio judicial al proceso, teniendo en cuenta que el juez que debe decidir el asunto principal es distinto, obviamente, que el que intermedió la práctica del acto para el que se solicitó auxilio judicial.

En caso que proceda, el auxilio judicial se sustanciará conforme a lo previsto en los arts. 169 a 177 LEC y, en caso de admitirse, lo prestará la oficina judicial del Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que deba practicarse. Cuando se trate de un acto de comunicación, corresponderá prestar el auxilio al Juzgado de Paz si tuviera su sede en dicho lugar (art. 170 LEC). Los exhortos se practicarán, con observancia de los requisitos y límites señalados en el art. 171 LEC, por cualquiera de los medios expresados: correo, telegrama o los medios informáticos judiciales, de modo que se garantice la constancia de la recepción. También podrá encargarse de la gestión del exhorto la parte a quien interese su cumplimiento: sea el propio litigante, o procurador habilitado (art. 172 LEC). Así mismo, las partes podrán intervenir en la práctica de la diligencia. Cumplimentado el exhorto, se procederá a devolverlo comunicándose al exhortante su resultado por medio del sistema informático judicial o cualquier otro que garantice la constancia de la recepción (art. 173 LEC).

Finalmente, debemos hacer referencia a la posibilidad de practicarse determinados actos procesales mediante el uso de la denominada “videoconferencia”, que permite rapidez y contradicción, aunque no una efectiva intermediación. Este medio de comunicación puede utilizarse para la práctica de determinados actos en cumplimiento de la cooperación judicial, de conformidad con los arts. 230.1 LOPJ y 147 LEC. También se regula en el art. 11 del Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000, sobre asistencia judicial en materia penal.

2. Esta norma se complementa con el art. 429.5 LEC, que dispone que las partes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles han de ser citados por el tribunal. Por su parte, el art. 292 LEC establece la obligación de los testigos y peritos citados de comparecer ante el tribunal bajo apercibimiento de multa y delito de desobediencia. Pero esa obligación no existe cuando la parte no hubiere solicitado la citación; debiendo tenerse en cuenta que, en ese caso, únicamente podrá solicitarse la práctica de la prueba mediante auxilio judicial en los supuestos excepcionales previstos en el art. 169 LEC.

2. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON OTROS ÓRGANOS PÚBLICOS.

Los actos procesales de comunicación con otros organismos de la Administración o con terceros ajenos a la misma son: los mandamientos y los oficios (art. 149 LEC).

2.1. Mandamientos.

Se empleará la forma de mandamiento cuando el Juez solicite de algún Registrador de la Propiedad, Mercantil, de Buques, de Ventas a Plazos o Notario, el libramiento de alguna certificación o testimonio; o bien ordene a algún Agente judicial o de la Policía judicial la práctica de alguna diligencia (arts. 149.5º LEC y 186 LECrim).

2.2. Oficios y Exposiciones.

Cuando los Jueces o Tribunales deban comunicarse con autoridades, funcionarios o miembros de las Fuerzas Armadas, que no estuvieran bajo su autoridad, emplearán la forma de oficios (arts. 149.6 LEC y 195 LECrim).

Se utilizarán las exposiciones cuando se dirijan a los miembros del Poder Legislativo o a Ministros del Gobierno, en demanda de auxilio o de obtención de datos (art. 196 LECrim.). Las exposiciones tienen una forma más solemne y se utilizan para la comunicación de asuntos importantes a altas personalidades del Estado.

3. COOPERACIÓN Y AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL.

El auxilio judicial internacional se produce cuando un órgano jurisdiccional de un Estado se dirige a otro de otro Estado, a fin de practicar alguna diligencia judicial (arts. 177, 276 LOPJ y 193, 194 LECrim).

La jurisdicción es uno de los elementos distintivos de la soberanía de los Estados. Jurisdicción que en su esencia es ajena e inmune a lo que puedan disponer otros Estados. De modo que con base en ese principio, no existe limitación teórica para el ámbito de jurisdicción que pueda atribuirse cada Estado, que podría actuar completamente aislada y al margen de lo que resolvieran los órganos jurisdiccionales de otros estados. Claro que esa posibilidad plantearía evidentes dificultades. Así, por ejemplo, nada impediría que un Estado pueda declararse competente para conocer de cualquier materia, aunque colisione su jurisdicción con la de otro Estado. El problema sería la imposibilidad de ejecutar las sentencias que se dictaran en esa materia cuando la declaración de soberanía jurisdiccional va más allá de los límites territoriales del Estado, puesto que de nada sirve asumir una competencia si la sentencia que finalmente se dicte debe ejecutarse en otro Estado.

Esta realidad ha determinado la necesidad de proveer de instrumentos que permitan superar estos problemas. Específicamente, con la firma de Tratados Internacionales de distribución de competencias judiciales para juzgar determinados asuntos y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

Al mismo tiempo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de crear mecanismos de cooperación judicial internacional que permitan a los tribunales de justicia solicitar a órganos jurisdiccionales extranjeros la práctica de diligencias de notificación, investigación y prueba en el desarrollo de un proceso penal. También de aseguramiento de bienes o personas. Así, oír a un testigo, perito, solicitar documentos, realizar inspecciones o registros de lugares o viviendas, intervenir las comunicaciones telefónicas o electrónicas, notificar a testigos o partes en el proceso las resoluciones que se hubieran dictado.

En todos estos casos, el tribunal nacional competente carece de jurisdicción para realizar por sí mismo el acto procesal. Es por ello que deberá utilizar los mecanismos de cooperación judicial internacional, del mismo modo que lo haría en el caso que la diligencia tuviera que realizarse en otro partido judicial español. Aunque con importantes diferencias. Así, la petición de cooperación entre tribunales de justicia españoles se producirá horizontal y directamente. Mientras que en el caso de tribunales de distinto Estado la petición de cooperación ha estado mediatizada en mayor o menor medida por el poder político de los Estados. De modo que la petición de cooperación internacional, tradicionalmente, se han venido realizando por elevación al órgano político del Estado y la remisión al Estado requerido por vía diplomática o consular.

Las solicitudes de cooperación internacional para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán de acuerdo con lo previsto en los Tratados Internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable (arts. 177 LEC y 276-278 LOPJ). Sobre este particular, se halla pendiente la aprobación de una Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil, de la que existe un anteproyecto de fecha 3 de septiembre de 1997, anunciada en la Disposición final vigésima de la LEC 1/200, que regulará desde el punto de vista del derecho interno estas cuestiones.

En tanto no se aprueba la citada Ley, las peticiones de cooperación jurídica internacional se sustanciarán conforme con lo previsto en los arts. 276 y ss. LOPJ. Conforme a estas normas, las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia. Este tramitará la comisión rogatoria a las autoridades competentes del Estado requerido, en la forma prevista en los tratados internacionales, sea por vía consular o diplomática, o bien directamente, si así se prevé —art. 276 LOPJ—. A falta de Tratado internacional se estará al principio de reciprocidad.

En el ámbito de la Unión Europea, cabe destacar el Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; y el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, que prevalece sobre los Convenios bilaterales o multilaterales, concretamente, los de la Haya de 1954 y 1970.

El Reglamento 1393/2007 contiene reglas uniformes de aplicación directa y cuya interpretación uniforme garantiza el TJCE. A este efecto, se establece un sistema de transmisión entre estados miembros por medio de los funcionarios, autoridades u otras personas designados para transmitir los documentos judiciales. Ello sin perjuicio de poder realizarse notificaciones o traslados directos de documentos (arts. 14 y 15 R. 1348/2000). También contiene normas en esta materia el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (que entró en vigor completamente el 1 de enero de 2004, aunque sí son aplicable, los arts. 14, 19, 21,

y 22). Este Reglamento prevalecerá sobre los Convenios bilaterales o multilaterales, concretamente, los de la Haya de 1954 y 1970.

En el ámbito no comunitario existen Tratados Multilaterales en esta materia: Convenios de la Haya de 1954, 1965, 1970; y Bilaterales Italia 1973; Brasil 1989, China 1992, Bulgaria 1993, Federación Rusa 1990, Marruecos 1997, Portugal 1997, Tailandia 1998, etc.

4. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON LAS PARTES Y OTROS INTERVINIENTES.

El órgano jurisdiccional se comunica con las partes o terceros mediante las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, regulados en los arts. 270 LOPJ, 149 a 168 LEC, y 166 a 182 LECrim. Mediante estos actos el Tribunal da noticia a las partes o a terceros de un acto procesal determinado que puede incluir un mandato u orden. Su correcta tramitación, con el efectivo conocimiento del comunicado, constituye una exigencia y una garantía procesal de las partes y terceros que deban intervenir o que tengan interés con el proceso³.

Los actos de comunicación no son un mero trámite, por lo que la actuación del órgano judicial no debe limitarse a cumplir las formalidades legales, sino que debe asegurar la efectividad del acto de comunicación, mediante su colaboración activa, así como la de las partes (STC 294/2000, de 11 de diciembre). En caso contrario, la omisión o práctica defectuosa de un acto de comunicación vulnerará el derecho de defensa; especialmente, cuando de la correcta realización del acto de comunicación depende la personación de la parte en el proceso

3. La LEC prevé la posibilidad de realizar distintos actos de comunicación con terceros no solo a efectos de su intervención como testigos, peritos, etc., sino también en el caso de que tengan interés. Así lo prevé el art. 150 LEC, que dispone que se notificará la pendencia del proceso a aquellas personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta que las partes está utilizando el proceso con fines fraudulentos. También cabe notificar la pendencia del proceso a terceros en los supuestos de intervención provocada del art. 14 LEC.

(STC 134/2002, de 3 de junio). La consecuencia de la estimación de un vicio de esta naturaleza será la de la nulidad de las actuaciones realizadas por infracción del derecho de defensa causante de efectiva indefensión.

Ahora bien, el TC exige también que esta indefensión provocada a la parte deberá ser de naturaleza material; es decir, que le impida el ejercicio de sus derechos de forma involuntaria (STC 11/2001, de 29 de enero). Por tanto, no se producirá infracción constitucional en el caso de que la irregularidad no produzca, en definitiva, perjuicio alguno al recurrente (STC 59/2000, de 2 de marzo). En este sentido, el TS ha declarado que no se produce la nulidad de actuaciones cuando la falta o irregularidad de la comunicación fuere debida a la negligencia o pasividad de las partes, lo que impedirá que se produzca una situación de indefensión, lesiva para la causante de aquella (STC 17/92, de 10 de febrero)⁴.

Los actos de comunicación previstos en la LEC (art. 149) son los siguientes:

4.1. La Notificación.

La notificación es el acto destinado a comunicar a las partes o a terceros un determinado acto procesal, de manera que se configura como un acto procesal complementario del principal, que es el objeto de la comunicación (arts. 149 LEC y 270 LOPJ).

4. En definitiva, para que la omisión de un acto de comunicación produzca una vulneración sancionable del derecho de defensa el TC exige que deban concurrir las siguientes circunstancias: "... 1.º *Que la decisión fue efectivamente adoptada 'inaudita parte', siendo indiferente que tal indefensión se haya producido solo en segunda instancia, pues también en esta ha de preservarse el derecho constitucional de defensa (SSTC 102/87 y 196/92, por todas). 2.º Que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (SSTC 112/87, 251/87 y 66/88, entre otras muchas). 3.º Que la ausencia de posibilidad de defensa le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/93, por todas). 4.º Por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del recurso contra él planteado (STC 227/94), bien entendida que no le es exigible que pruebe dicha ignorancia, dada la imposibilidad de probar un hecho negativo (STC 56/92)..."* (STC 178/95, de 11 diciembre).

El órgano jurisdiccional deberá notificar las resoluciones procesales que se dicten durante la sustanciación del proceso a todos los que sean parte. También se notificará la pendencia del proceso a los terceros que pudieran tener interés o las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación la decidirá el tribunal, ya sea por haberlo solicitado alguna de las partes o de oficio si advirtiera indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos (art. 150 LEC).

4.2. Citaciones.

La citación es la convocatoria que se hace a una parte o a un tercero para que comparezca ante el órgano jurisdiccional en un momento determinado, siendo normalmente realizada por medio de acuse de recibo para comparecer y actuar en el proceso desarrollando alguna clase de actividad (arts. 149.3 LEC y 166 LECrim). La citación se notificará de cualquiera de los modos previstos en la Ley, a los que nos referimos en el siguiente epígrafe, dependiendo de si se cita a una parte o a un testigo o perito y si en caso de ser una parte está representada por procurador o no. En cualquier caso, la citación se formalizará en una cédula que contendrá los siguientes requisitos: el Tribunal que la hubiere dictado, la identificación del citado, el objeto de la citación, el lugar, día y hora en que ha de concurrir el citado, y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comparecencia que recae sobre testigos y peritos. Concretamente, se hará constar el apercibimiento que de no comparecer se le podrá imponer multa de hasta 600 euros y de proceder por desobediencia a la autoridad judicial (art. 292 LEC).

4.3. Emplazamientos.

El emplazamiento es la convocatoria que se hace a una parte o a un tercero para que comparezca ante el órgano jurisdiccional dentro de un plazo determinado. Normalmente, el emplazamiento vendrá precedido de la notificación de la resolución respectiva en el que se acuerda efectuarlo (art. 149.2° LEC).

4.4. Requerimientos.

El requerimiento es el acto por el que se impone a una persona –parte o tercero– una conducta consistente en entregar, hacer o dejar de hacer alguna cosa; es decir, una conducta distinta de la comparecencia ante el órgano jurisdiccional (art. 149.4 LEC).

5. FORMA, TIEMPO Y PRÁCTICA DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN.

Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del Secretario Judicial, que será el responsable del servicio, o por el funcionario que aquel designe (art. 152 LEC). El Servicio Común Procesal, cuando estuviere establecido, practicará los actos de comunicación que hayan de realizarse por la Oficina judicial (art. 163 LEC). También podrá realizar la comunicación el procurador. Esta posibilidad se producirá a solicitud de parte, bajo su responsabilidad y a su costa, conforme con lo previsto en el art. 152.1 LEC reformado por la Ley 13/2009. La finalidad de la comunicación consiste en hacer llegar al interesado la resolución judicial, sin que sea admisible consignar respuesta alguna del interesado, a no ser que así se hubiera mandado. Como excepción, se admitirá en los requerimientos la respuesta que dé el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia (art. 152.4 LEC).

La comunicación adoptará cualquiera de las formas previstas en la Ley, según su finalidad (notificación, emplazamiento, citación...) y contendrá la resolución de que se trate y una cédula en la que se expresará el tribunal que hubiese dictado la resolución, el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación o emplazamiento, el objeto de estos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca (art. 152.3 LEC). Además, cuando las partes no actúen representadas por procurador o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, se hará constar el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla (art. 155.1 LEC). Las resoluciones tendrán efecto desde el día siguiente a su recepción (art. 151.2 LEC).

La Ley prevé distintas formas de práctica de los actos de comunicación según el destinatario y las circunstancias concurrentes (art. 152 LEC). Estas formas son las siguientes:

1ª A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquel. Es el modo preferente de comunicación. La intervención de procurador es preceptiva en todos los procesos civiles de cuantía superior a 900 euros (art. 23 LEC).

2ª Mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado.

3ª Mediante entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal le dirija o de la cédula de citación o emplazamiento.

La forma de la comunicación depende de varias circunstancias. En primer lugar, de si el destinatario es una parte en el proceso o no. En el primer caso, la regla general es la de la intervención del procurador. Ahora bien, la primera comunicación que se le realice al demandado se le deberá notificar personalmente en su domicilio debiendo constar la recepción por el interesado. De modo que no será suficiente con justificar la correcta remisión de la notificación, sino que se deberá acreditar la entrega personal al interesado de la comunicación (arts. 155 y 158 LEC). En el segundo caso, la regla general es la de la comunicación mediante correo, telegrama o cualquier medio técnico que permita garantizar la correcta remisión de la notificación al interesado. Pero, nada impide que, en determinados casos, se pueda también proceder a realizar una notificación mediante entrega personal de la notificación (arts. 159 y 160 LEC).

5.1. La comunicación con las partes mediante procurador.

En el proceso civil, la regla general es la de la comunicación a las partes por medio de Procurador cuando éste las represente⁵. En esa ca-

5. Véase el art. 23 LEC, que prevé la intervención del procurador con carácter general con la excepción de los pleitos cuya cuantía no supere los 900 euros, en cuyo caso es potestativa.

lidad de representante técnico, el Procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante (art. 153 y 26 LEC).

Los actos de comunicación con los procuradores se realizarán en la sede del tribunal o bien en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores, ya sea el tradicional para la recepción de escritos o bien el servicio común de recepción electrónica de comunicaciones realizadas por esa vía (arts. 151 y 154 LEC). La comunicación se tendrá por realizada, en ambos casos, al día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por vía electrónica (art. 162 LEC).

La comunicación por medios electrónicos se producirá conforme a lo previsto en el art. 162 LEC, que dispone el empleo de esta clase de comunicación cuando los Colegios de procuradores u otros profesionales que intervengan en el proceso dispongan de los medios electrónicos adecuados que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron. En ese caso, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios directamente entre el órgano jurisdiccional y el procurador. Pero, en el caso de que el Procurador no acusara recibo de la recepción del envío electrónico, será el Colegio de Procuradores el que se dirija al procurador para hacerle saber de la comunicación, puesto que esta se tendrá por hecha a partir del día siguiente a su remisión con independencia de que el Procurador efectivamente acceda a su archivo electrónico de correo (art. 162.1 LEC).

La comunicación con el Procurador podrá incluir, en el caso que proceda y que el órgano jurisdiccional esté provisto de medios técnicos (“scanner”) para ello, documentos anexos debidamente digitalizados para su transmisión electrónica conforme con lo previsto en los arts. 162, 267 y 268 LEC. Sin perjuicio de que, a instancia de parte, se pueda solicitar la entrega del original.

Finalmente, debemos también hacer referencia a la posibilidad, recogida en la LEC a partir de la reforma de la LEC 13/2009, de que los procuradores se encarguen de realizar actos de comunicación con las partes o terceros (art. 152.1 LEC). Esta posibilidad se producirá a petición y a costa de la parte y permite una participación activa de las partes en el proceso para conseguir agilizar la comunicación con partes y otros intervinientes en el proceso. En su virtud, el procurador podrá realizar las comunicaciones procesales que procedan, sea mediante entrega (art. 161.1 LEC) o bien mediante el empleo de cualquier otro medio de comunicación incluyendo los medios electrónicos (arts. 160.1 y 162 LEC). Estas notificaciones se deberán realizar conforme con lo previsto en la Ley (arts. 152 y ss. LEC) y se tendrán por válidamente realizadas cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario. A ese fin el procurador deberá cuidar de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice (art. 152.1 LEC).

5.2. La comunicación mediante entrega.

La comunicación de la que dependa la personación o la realización o intervención personal en las actuaciones deberá realizarse en el domicilio del interesado, y no constando la recepción se deberá proceder a la comunicación mediante entrega (arts. 155.4, 158, 160.3 y 161 LEC).

Así sucederá cuando se trate de la primera notificación o en el caso de que no fuera preceptiva la intervención de Procurador. En todos supuestos, es necesario proveer a mecanismos útiles y eficaces de notificación para garantizar que el demandado conoce la pendencia del proceso y que ha tenido conocimiento efectivo y fehaciente de la demanda y, en ese caso, su incomparecencia solo a él le pueda perjudicar. En caso contrario, ante la comparecencia posterior podrán plantearse problemas de nulidad de las actuaciones por infracción del derecho de audiencia causante de indefensión. Por esa razón, y a fin de garantizar la plenitud de los derechos de las partes del proceso, debe garantizarse la práctica correcta de los actos de comunicación que permita la debida constitución de la relación jurídico-procesal. En caso contrario, cuando los actos de comunicación no se producen del modo establecido en la

Ley, se puede afectar al derecho de defensa, y a un juicio contradictorio, del demandado que desconocerá la sustanciación del litigio. (Véase la STC 245/2006, de 24 de julio).

En estos casos, la notificación de la admisión de la demanda y emplazamiento del demandado se producirá, según prevé el art. 155 LEC, en el domicilio. En el caso del juicio verbal la citación para juicio. Por tanto, será necesario señalar un domicilio en el que se pueda hallar al demandado.

El domicilio del demandado designado en la demanda no tiene porque ser el que formalmente conste como tal, sino aquel lugar en el que se le pueda hallar y ser notificado. De modo que podrá designarse, a efectos de notificación, cualquier lugar donde pueda hallarse el demandado, incluyendo lugares alternativos donde pueda hallarse al demandado a efectos del primer emplazamiento o citación. En ese caso, el demandante deberá indicar el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación (art. 155 LEC)⁶. Además será conveniente que el actor incluya en su demanda cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para su localización, como datos profesionales o familiares, números de teléfono, de fax, etc. Si la demanda se dirigiese a una persona jurídica, podrá igualmente señalarse el domicilio de cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, miembro o gestor de la Junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial (art. 155 in fine LEC).

Otra especialidad en esta materia es la que se refiere a las demandas ejercitadas en materia de desahucio por falta de pago o expiración del

6. A efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se trate, respectivamente, de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional (art. 155.3 LEC). Respecto a esta cuestión se ha planteado en la práctica la circunstancia de que se hubiere podido notificar en varios de los domicilios señalados. En este caso, no cabe duda de que el cómputo del plazo para contestar la demanda se iniciará desde la primera notificación que efectivamente recibió el demandado.

plazo (art. 250.1 LEC). Para este supuesto la Ley prevé que los actos de comunicación se realizarán en la vivienda o local arrendado, salvo que las partes no hubieren acordado expresamente señalar en el contrato de arrendamiento un domicilio distinto a ese fin (art. 155.3.2 LEC)⁷.

No obstante las distintas posibilidades previstas en la Ley, puede ser que al demandante, de inicio, le fuese imposible designar un domicilio para la notificación. En ese caso, podrá solicitar al tribunal que realice las averiguaciones oportunas. Corresponderá al Secretario judicial utilizar los medios oportunos para averiguar el domicilio del demandado, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155. Ahora bien, no podrá el actor solicitar esta clase de auxilio al tribunal sin antes haber agotado, con la debida diligencia, los medios propios de averiguación. Especialmente, le es exigible al actor acudir a los archivos o registros de acceso público (art. 156 LEC).

Las comunicaciones efectuadas en el lugar designado como domicilio del demandado podrán realizarse mediante correos u otros medios técnicos. Ahora bien, cuando la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se deberá proceder a realizar la comunicación mediante entrega, conforme está previsto en los arts 155.4, 158 y 161 LEC.

La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada⁸. La entrega se documentará por medio de diligencia que será firmada por el funcionario, en su caso, el procurador que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar (art. 161 LEC). Cuando el destinatario de la

7. Esta norma se introdujo en la Ley 19/2009 de reforma de la LEC en materia de agilización de los procesos arrendaticios. Entre otras medidas se incluyó la citada, mediante la que se evita la dilación de los procedimientos ante la dificultad de notificar la demanda de forma fehaciente al arrendatario.

8. La notificación al demandado en el Tribunal supondrá, por lo general, la previa notificación mediante correo citando al interesado al juzgado para ser notificado de una resolución procesal.

comunicación fuere hallado en su domicilio y se negase a recibirla, o a firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el funcionario o, en su caso, el procurador que asuma su práctica, le hará saber que la copia de la resolución queda a su disposición en la Oficina judicial. La notificación así realizada producirá plenos efectos, sin otros requisitos (art. 161.2 LEC). Pero, en el caso de que fuere el procurado el que realizara la comunicación deberá acreditar la circunstancia de la negativa, para lo que podrá auxiliarse de dos testigos o de cualquier otro medio idóneo (art. 161.5 LEC)⁹.

Una vez comparecido el demandado podrá designar, para sucesivas comunicaciones, un domicilio distinto (art. 155.2 LEC). En cualquier caso, la cuestión carece de mayor interés en tanto que el demandado deberá comparecer con abogado y procurador que le represente. Ahora bien, las partes comunicarán a la Oficina judicial los cambios relativos a su domicilio, teléfono, fax, dirección de correo electrónico o similares, cuando estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con la Oficina judicial (art. 155.5 LEC). Esta posibilidad se dará cuando no interviniese procurador en el proceso.

El problema se planteará en el caso de que el demandado no sea hallado. Para estos supuestos, la LEC prevé normas distintas de entrega según se trate de un domicilio (el lugar en que el destinatario tenga su domicilio según el padrón municipal o a efectos fiscales o según Registro oficial o publicaciones de Colegios profesionales); o bien el lugar de trabajo no ocasional.

En el primer caso, si no se encontrare allí el destinatario, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndolo al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de

9. Esta exigencia suplementaria de garantía al procurador también rige para los supuestos en los que no se halle al notificado en su domicilio, pero sí a un familiar, conserje de la finca o al recepcionista o similar de la empresa en la que trabaje el interesado. Estas son prevenciones que deben entenderse como una suerte de “*plus*” de formalidad y de garantía de la notificación realizada por el procurador, que es una novedad introducida en la LEC por la Ley 13/2009.

la misma, o a darle aviso, si sabe su paradero¹⁰. En el segundo caso, si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de este, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocer a aquel o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

Si no se hallare a nadie en el domicilio al que se acuda para la práctica de un acto de comunicación, el Secretario Judicial o funcionario designado procurará averiguar si vive allí su destinatario. Si no pudiera conocerse por este medio el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 156 LEC, que prevé que el tribunal utilice los medios oportunos para averiguar el domicilio del demandado¹¹.

Pero si el demandado constara en el Registro de rebeldes civiles, regulado en el RD 231/2002, y previsto en el art. 157 LEC, podrá por providencia acordar directamente la comunicación edictal del demandado. Ahora bien, nada obsta para que el Tribunal lleve a cabo las averiguaciones pertinentes al efecto de conocer el domicilio del demandado¹².

10. La LEC 1/2000 eliminó la posibilidad de entregar la cédula al vecino más próximo si fuere hallado. Esta norma, que se contenía en el art. 268 LEC de 1881, no tenía excesivo sentido, ya que en la mayoría de los supuestos esta persona ningún vínculo tendrá con el destinatario. Incluso a veces es probable que estuviere enfrentado al vecino de forma que no entregara, voluntariamente, la notificación al interesado.

11. La Ley prevé una especialidad para el supuesto de los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo y en los procesos de reclamación de estas rentas o cantidades debidas. Como expusimos con anterioridad, para esta clase de procesos la ley prevé que la notificación se realice en la vivienda o local arrendado o, en su defecto en otro domicilio establecido expresamente en el contrato de arrendamiento. Esta obligación, encaminada a agilizar los procesos arrendaticios, se completa con la norma que prevé que en caso de no hallarse al arrendatario en la vivienda o local arrendado, o en el domicilio que se hubiere designado a ese efecto o en el que hubiere comunicado a posteriori el arrendatario de forma fehaciente, se procederá, sin más tramites, a fijar la cédula de citación en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial. Es decir, si realizar ninguna clase de averiguación de domicilio ni ninguna otra gestión, prosiguiéndose con la sustanciación del proceso (art. 164 in fine LEC).

12. El Registro de rebeldes civiles del Ministerio de Justicia contiene los datos personales de aquellos demandados respecto de los cuales los tribunales civiles hubieren realizado infructuosamente las averiguaciones de domicilio previstas en el art.

En el supuesto de haberse practicado infructuosamente las averiguaciones de domicilio sin que pueda hacerse la comunicación, el Secretario Judicial mandará que se haga la comunicación edictal fijando copia de la resolución en el tablón de anuncios de la oficina Judicial, salvaguardando en todo caso los derechos e intereses de menores, así como otros derechos y libertades que pudieran verse afectados por la publicidad de los mismos. Esta clase de publicidad podrá ser sustituida por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos (arts. 164 LEC y 236 LOPJ). A instancia de parte, y a su costa, podrá publicarse el edicto en el BOE, Boletín de la Provincia, de la Comunidad Autónoma o un diario de difusión nacional provincial (art. 164 LEC).

Los edictos suponen un medio de comunicación subsidiario al que únicamente cabe recurrir cuando se hubieren practicado, infructuosamente, las averiguaciones a que se refiere el art. 156 LEC, salvo que el demandado estuviese inscrito en el Registro de rebeldes civiles. Por tanto, solo deben ser utilizados cuando no sea posible recurrir a otros medios más efectivos¹³.

Nótese que la comunicación edictal no deja de ser una ficción, ya que no parece probable que el interesado pueda conocer de la pendencia del proceso mediante la lectura de los Boletines Oficiales, de modo que resulta necesario asegurarse de la imposibilidad de notifi-

156 LEC. Cualquier Secretario Judicial que deba averiguar el domicilio de un demandado podrá dirigirse, directamente, al Registro central de rebeldes civiles para comprobar si el demandado consta en dicho registro y si los datos que en él aparecen son los mismos de que dispone el tribunal. El demandado inscrito en el citado Registro podrá solicitar la cancelación de la inscripción comunicando el domicilio al que se le pueden dirigir las comunicaciones judiciales. El Registro remitirá a los oficinas judiciales en que conste que existe proceso contra dicho demandado, el domicilio indicado por este a efecto de comunicaciones, resultando válidas las practicadas a partir de ese momento en ese domicilio.

13. Por esa razón, resulta preciso y exigible que los tribunales observen una especial diligencia agotando previamente a la utilización de la comunicación edictal todas las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción por su destinatario de la notificación. Véanse, en este sentido, las SSTC 293/2005, de 21 de noviembre; 65/2000, de 13 de marzo y 268/2000, de 13 de noviembre.

car personalmente al demandado el emplazamiento. Y no solo para garantizar los derechos del demandado, sino también en interés del actor. Téngase en cuenta, que declarado rebelde el demandado, el proceso quedará condicionado a la posibilidad de una posterior personación del rebelde, que podrá alegar la rebeldía involuntaria con la consiguiente petición de nulidad de todo lo practicado en su ausencia (art. 501 LEC).

Con base en esta doctrina, el TC ha otorgado el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva cuando se acudió a los edictos, pese a que en las actuaciones aparecía un teléfono en el que la demandada podía ser localizada (STC 65/2000, de 13 de marzo); u otra dirección alternativa (STC 40/2005, de 28 de febrero) cuando no se intentó previamente la notificación personal en el domicilio señalado por el vecino con el que se había practicado el acto de comunicación que resultó negativo (STC 232/2000, de 2 de octubre); o cuando constaba en autos otro domicilio del demandado (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre y 40/2005, de 28 de febrero); o constara en las actuaciones algún dato sobre el domicilio del demandado que pudiera permitir su emplazamiento personal, aunque el demandado se hallara en rebeldía (STC 40/2005, de 28 de febrero).

Ahora bien, la diligencia exigible al órgano judicial no implica que deba realizar una desmedida labor investigadora, lo que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso (STC 76/2006, de 13 de marzo). Tampoco puede el tribunal subsanar comportamientos absolutamente negligentes o contrarios a la buena fe de los destinatarios de los actos de comunicación. De modo que no se producirá indefensión cuando el emplazado tuvo conocimiento efectivo en tiempo “hábil” para poder defenderse y no lo hizo para solicitar posteriormente la nulidad de las actuaciones. De lo contrario, se estaría amparando el fraude procesal¹⁴.

14. En este sentido, el TC ha declarado que no se produce indefensión cuando el demandado “*al descuidar su localización ha contribuido a dificultar su citación personal, configurando una situación de hecho que no puede pretender ahora que fuese superada con una mayor diligencia del Juzgado, que observó la que le era exigible*” (STC 38/2006, de 13 de febrero).

5.3. La comunicación con abogados, testigos, peritos u otros intervinientes.

La comunicación con otros intervinientes en el proceso, como testigos, peritos o bien las partes o sus abogados cuando no intervenga procurador, se producirá, por lo general, conforme está previsto en los arts. 159 y 160 LEC, que prevé la utilización de distintos medios de los que puede disponer el tribunal: por correo certificado o telegrama con acuse de recibo, o por cualquier otro medio semejante que permita dejar en los autos constancia fehaciente de haberse recibido la notificación, de la fecha de la recepción, y de su contenido. En el caso de que el destinatario tuviere su domicilio en el partido donde radique la sede del tribunal, y no se trate de comunicaciones de las que dependa la personación o la realización o intervención personal en las actuaciones, podrá remitirse, por los medios expresados, cédula de emplazamiento para que el destinatario comparezca en dicha sede a efectos de ser notificado o requerido o de dársele traslado de algún escrito (art. 160.3). Esta comunicación también la podrá realizar el procurador, en cuyo caso deberá acreditar la comunicación ante el Secretario judicial para que la una a los autos (art. 160.1 in fine LEC). También podrá acordarse, según las circunstancias, que se realice la comunicación mediante entrega, que se producirá conforme con lo previsto en el art. 161 LEC, analizado en el apartado anterior (art. 159.2 LEC).

La comunicación también podrá ser efectuada en estos casos mediante el uso de sistemas electrónicos de comunicaciones de los que dispongan el tribunal y el sujeto al que se deba comunicar alguna resolución. La Ley exige (art. 162.1 LEC) que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron. Ahora bien, lo que no establece la ley es que la comunicación se haga en el entorno Lexnet, para el que están habilitados como usuarios los procuradores y abogados, pero no otros sujetos como pueden ser las partes (que no actúen representadas por procurador o abogado), testigos, peritos u otros intervinientes en el proceso. De modo que la comunicación con un testigo, perito o directamente a la parte que comparezca sin representación podrá hacerse por vía electrónica, al margen del sistema Lexnet.

El problema que se plantea es el de los efectos que debe producir la notificación así efectuada en tanto que una cosa es que la notificación se haya realizado correctamente y otra distinta es que, efectivamente, haya llegado a conocimiento del destinatario. Aunque, bien es cierto que en la actualidad los modernos sistemas de comunicación permiten enviar un mensaje automático de respuesta en el momento en el que usuario accede a un mensaje determinado. Pero, puede suceder que el destinatario no acceda al mensaje. Para ese supuesto la Ley prevé que la comunicación produzca plenos efectos cuando, constando la correcta remisión del acto de comunicación, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido. En ese caso, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

La razón de esta norma se fundamenta en la necesidad de convalidar un procedimiento técnico que, de otro modo, sería ineficaz. Cabe señalar que antes de la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 la consecuencia de la falta de acceso a la comunicación era la contraria. Así, transcurridos tres días sin que el destinatario accediera al contenido del correo electrónico y constando la correcta remisión del acto de comunicación se entenderá la comunicación como intentada y sin efecto procediéndose a la práctica de la comunicación mediante entrega. Esa norma no se justificaba en tanto que conducía a una difícil situación cuando de lo que se trataba era de citar, por ejemplo, a peritos. Profesionales que actúan y colaboran con la administración de justicia y que habiendo aceptado una comunicación electrónica deben acceder a las comunicaciones que por ese medio se le remitan. Es cierto que en el caso de los testigos, o incluso de las partes no representadas por procurador, la cuestión puede ser distinta. Ahora bien, la comunicación electrónica no es, por el momento, un medio obligado, sino una posibilidad que la Ley prevé para el caso que el destinatario cuente con medios técnicos para ello. De modo que habiendo el perito, el testigo o la parte ofrecido su correo electrónico no parece descabellado establecer la correlativa responsabilidad del destinatario de acceder a su cuenta y recibir los mensajes que se le remitan.

En cualquier caso, la presunción de recepción de la comunicación podrá destruirse por el destinatario que podrá justificar la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo por razones técnicas

o de otra clase. Cabe entender que debe tratarse de una justificación suficiente y ajena a la voluntad del interesado y ponerse en conocimiento de la oficina judicial. En ese caso, la comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. Aunque puede suceder que acordada la comunicación mediante entrega, pero antes de que se produzca, se obtenga la confirmación de que el destinatario de la comunicación ha accedido, finalmente, al contenido del correo electrónico. En ese caso, el art. 162.1, “in fine”, LEC dispone que la comunicación se entenderá válidamente realizada en: “*la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción*”. Ante esta norma caben dos interpretaciones. La primera, lógica y que consideramos que es la correcta, es que la comunicación se entiende realizada desde el día siguiente a aquel en el que el destinatario accedió de forma efectiva a la comunicación. La segunda, que la comunicación se entiende hecha desde que se acreditó la correcta recepción de la comunicación. Es decir, desde que llegó al Servidor de correo del destinatario. Así puede deducirse de la redacción literal de la norma que se refiere a la “*recepción*” de la comunicación y no al acceso a su contenido, que es una cuestión distinta. Efectivamente, debe distinguirse entre la recepción en el buzón de correo electrónico del sujeto comunicado y el efectivo acceso al contenido que puede producirse tiempo después. A nuestro juicio, a pesar de que la norma haga referencia a la “*recepción*”, en realidad, se está refiriendo al acceso a la comunicación. De otro modo se producirían situaciones de imposibilidad de cumplir con lo que se ordenare en la resolución judicial y de posible indefensión. Piénsese que entre la recepción y el efectivo conocimiento pueden transcurrir varios días o, incluso, semanas. No tiene sentido que cuando el destinatario acceda a la comunicación ya haya transcurrido, por ejemplo, el plazo que se concedía para realizar alguna actividad.

5.4. La comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares.

La comunicación entre los tribunales de justicia, los procuradores, abogados, partes u otros intervinientes, además de por los medios tradicionales, podrá realizarse mediante los modernos medios de comunica-

ción electrónica que permiten la conexión directa (on-line). Esta puede tener lugar, mediante redes de comunicación genéricas, o bien restringidas que permiten la transmisión de documentos y el acceso a las bases de datos de tribunales, Registros u otras administraciones.

Así está previsto en el art. 230 LOPJ que, en la reforma de la ley de 1994, introdujo la posibilidad de emplear los modernos medios electrónicos para la comunicación entre las partes y el tribunal. Posteriormente, la LEC también ha regulado esta posibilidad en distintos preceptos. Así, en el art. 135 respecto a la presentación de escritos de parte o en los arts. 151, 154 y 162 con relación a la realización de los actos de comunicación del tribunal con las partes o terceros. En su virtud, los escritos podrán entregarse, físicamente, o bien en soporte electrónico, siempre que: la Oficina Judicial y las partes estén provistos de sistemas de comunicación electrónicos que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos; que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y; quede constancia fehaciente de la entrega y recepción íntegras de los escritos y del momento en que se hicieron.

Las normas citadas no han tenido, hasta el momento presente, un desarrollo acorde con la evolución de las comunicaciones y, especialmente, de la red informática. De modo que todavía hoy el modo usual de presentar los documentos es por escrito en la sede del tribunal. Las razones de esta realidad son varias, pero no cabe duda de que uno de los principales problemas es la falta de una red segura que garantice la comunicación y protegida de las comunicaciones. Para suplir este problema, el Ministerio de Justicia ha puesto en marcha recientemente el sistema Lex-net que permite las comunicaciones seguras entre los tribunales de justicia y los profesionales que colaboran en la impartición de justicia.

El sistema se fundamenta en la regulación técnica, la coordinación entre los intervinientes en la administración de justicia y las correspondientes reformas de las normas procesales para especificar las condiciones en las que se deben producir las comunicaciones con los tribunales. A este fin, el RD 84/2007 regula las condiciones técnicas y de seguridad necesarias para garantizar la eficacia de las comunicaciones; mientras que la Ley 41/07 ha modificado las normas procesales en esta materia para establecer la plena validez de los documentos públicos y privados

digitalizados sin necesidad de su aportación física salvo que se impugnen y alguna de las partes lo solicite (o el tribunal en los procedimientos especiales no dispositivos de familia, incapacitación y filiación) (arts. 267, 268, 318 LEC). De ese modo, no existirá impedimento alguno para interponer, por vía electrónica, una demanda, o por ejemplo una petición para la adopción de una medida cautelar, con toda la documentación anexa digitalizada. Esta norma resulta lógica, puesto que sin la posibilidad de remitir documentos anexos con los escritos procesales redactados por las partes, el sistema carecería de eficacia. Así era hasta la modificación legal operada por la ley 41/07, ya que si bien el art. 135.5 LEC permitía la remisión de escritos por vía electrónica, el mismo art. 135.5 LEC a continuación exigía, conforme a lo previsto en los arts. 267 y 268 LEC, la presentación física de los documentos públicos y/o privados que se aportaran al proceso, ya fuere en su versión original, o mediante copia autenticada por el fedatario público competente. Esa aportación debía hacerse dentro de los tres días siguientes a la remisión del escrito por vía electrónica.

CAPÍTULO 8

LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO. COMPETENCIA INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN EN RAZÓN DEL OBJETO. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

El término jurisdicción puede tener distintos significados. Así, puede hablarse de jurisdicción como poder del estado (que se encarnaría en el Consejo General del Poder Judicial) (véase la Lección 2.4), como estructura y organización judicial (véase la Lección 2.2) y, finalmente, como presupuesto del proceso. Desde ese último punto de vista, la jurisdicción constituye un presupuesto del proceso y se define como la potestad conferida con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales para resolver los conflictos intersubjetivos, a través del cauce del proceso, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales viene enmarcado dentro de unos límites, legales, que son los que determinan la extensión de la jurisdicción. De este modo, la jurisdicción de los tribunales españoles queda limitada por la efectiva atribución de competencia que en cada caso tenga un tribunal determinado para conocer de un asunto en primera instancia.

A este efecto, son cuatro los criterios que, en forma de pregunta, deben resolverse para conocer cuál es el tribunal competente para conocer del asunto. Lo que equivale a determinar ante qué tribunal debe inter-

ponerse la demanda¹. Estos son los siguientes: 1º Competencia internacional (Jurisdicción por razón del territorio). 2º Jurisdicción en razón del objeto (o de la materia). 3º Competencia objetiva. 4º Competencia territorial.

La aplicación de los criterios expuestos funciona con carácter sucesivo, conforme se expone en los apartados de este capítulo, que se exponen a continuación.

A modo de resumen, el sistema funciona del siguiente modo:

1º Competencia internacional (Jurisdicción por razón del territorio). En primer lugar, debe determinarse si la competencia para conocer de un asunto corresponde, a los tribunales españoles, o bien a los de otro estado. Si la respuesta es que corresponde conocer a los tribunales de otro estado, habrá que acudir a las normas de aquel Estado. En este punto debe distinguirse si el Estado, cuyos tribunales deben conocer, es de la Unión europea o no, ya que en el primer caso se atenderá a las normas previstas en el R. 44/01. Esta pregunta únicamente cabe hacerla si algunos de los elementos del litigio (personas, cosas, documentos, etc.) tiene vinculación o conexión con algún estado extranjero.

2º Jurisdicción por razón del objeto. Si la respuesta es negativa, pues no existe ningún elemento de extranjería o bien existiendo resultan competentes los tribunales españoles, debe determinarse qué jurisdicción es competente dentro de las cinco que forman nuestro sistema jurisdiccional: Civil, penal, contencioso-administrativo, social y militar². Esta pregunta se deberá constar según la materia de que trate el litigio. Aunque también dependerá de cuál sea la pretensión que pretenda ejercer el demandante.

3º Competencia objetiva. Determinado cuál sea el orden jurisdiccional que debe conocer del asunto, debe precisarse cuál de entre los distintos tipos de órgano (jurisdiccional) que debe conocer del asunto, insistimos en primera

1. Téngase siempre presente que la determinación de cuál sea el tribunal competente no obliga al actor a interponer la demanda ante ese tribunal, ya que en el proceso civil no existen obligaciones, sino cargas. Ello no quita para que el tribunal pueda abstenerse de oficio de conocer cuando considere que carece de jurisdicción o competencia objetiva o territorial imperativa para conocer de un asunto determinado.

2. Dando por sentado que el asunto es competencia de un tribunal y no de la administración.

instancia. Concretamente el orden civil se integra por los siguientes tipos de tribunal: T. Supremo, Tribunal Superior de Justicia, Audiencia provincial, Juez de lo Mercantil, Juez de primera instancia y Juez de paz (véase Lección 2). La cuestión resulta fácil de precisar, ya que la regla general en el proceso civil es que conozca el Juez de primera instancia, salvo las excepciones previstas en la Ley.

4º Competencia territorial. Como decimos, lo ordinario será que resulte competente el Juez de primera instancia, por lo que deberá determinarse cuál de entre los múltiples que existen es competente para conocer de la demanda. A este fin, sirve el criterio de competencia territorial mediante el que quedará fijada la competencia en los Jueces de primera instancia de un partido judicial determinado.

A estos criterios debe añadirse el de competencia funcional, que se aplicará una vez se ha determinado el tribunal competente para conocer en primera instancia. También deben tenerse en cuenta las normas de reparto de asuntos que permiten determinar qué órgano jurisdiccional en concreto va a conocer de un asunto cuando existan varios de la misma clase en el territorio judicial de que se trate.

1. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL CIVIL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Los problemas de jurisdicción internacional o, mejor dicho, de competencia internacional (empleando términos habitualmente aceptados por todos), surgen cuando existen elementos de extranjería en los litigios que se plantean ante los tribunales españoles.

Por elemento de extranjería debe entenderse cualquier conexión fáctica del litigio con un estado distinto al español. Por ejemplo, los litigantes (todos o alguno de ellos), el objeto litigioso, el lugar del contrato o de su cumplimiento, etc. En estos casos, cabe plantearse la cuestión de competencia internacional, tanto desde el punto de vista del demandante como del demandado. El actor debe decidir, si debe interponer la demanda ante nuestros tribunales, o bien ante los de otro estado. Por su parte, el demandado puede plantearse la impugnación de la competencia internacional elegida por el actor al amparo de los criterios en esta materia.

En estos casos, la cuestión consiste en determinar si el Estado, aunque pueda, debe o no extender el ámbito de su jurisdicción a estos asuntos. Y decimos aunque pueda por cuanto la regla general, o podríamos decir de partida respecto de esta cuestión, se basa en la competencia de nuestros tribunales de justicia para conocer de los juicios que se planteen ante nuestros tribunales con independencia de la nacionalidad de los litigantes. Así se prevé en el art. 21 LOPJ, aunque como se matiza a continuación, la competencia internacional se acomodará a lo previsto en la Ley y los Tratados Internacionales.

Por tanto, en ausencia de Tratados Internacionales que regulen la competencia internacional, el Derecho Internacional Público no puede hacer otra cosa que reconocer el derecho de cada Estado a fijar los límites de propia jurisdicción. Y, ciertamente, la jurisdicción es una función de la soberanía del Estado que puede ejercerse por los jueces y tribunales españoles, aunque en el proceso existan elementos de extranjería (art. 117.3, 4 LOPJ), ya que no cabe duda de que los Estados, y concretamente España, tienen libertad para fijar la competencia internacional de sus tribunales por medio de la leyes internas. Nótese que no se trata de determinar cuándo serán competentes los tribunales de un estado extranjero, ya que esa será una cuestión ajena que se regulará por la legislación propia de cada estado, sino de establecer la atribución de competencia a los tribunales españoles.

Pero esta ilimitada extensión de la jurisdicción, también denominada competencia exorbitante, de los tribunales españoles, puede resultar claramente inútil cuando la resolución deba ser ejecutada en el extranjero. En ese caso, la eficacia de la sentencia dependerá de la legislación del Estado donde deba ser ejecutada, que puede ser que, de acuerdo con su propio ordenamiento jurídico, no conceda la ejecución de las sentencias dictadas fuera de sus fronteras.

Es decir, que la Ley interna atribuya competencia para conocer de un determinado litigio a un tribunal español no garantiza que la sentencia pueda ser ejecutada en otro país, ya que puede suceder que la Ley interna de ese Estado también atribuya competencia a sus tribunales, por ejemplo exclusiva, para conocer de ese asunto. De ese modo, la sentencia válida dictada por nuestros tribunales nunca podrá ser ejecutada en ese estado.

En definitiva, por razones prácticas, y a fin de evitar litigios inútiles, los Estados tienen que establecer límites a la jurisdicción de sus tribunales con base en dos principios: el de proximidad de la relación jurídica debatida en juicio con el territorio de un Estado determinado, y el de la afectación del orden público. Así sucede en materia de derechos reales sobre los que debe conocer el tribunal del lugar donde se hallen, por una razón de evidente relación y conexión con el territorio, o de aquellas materias de registros públicos.

Las reglas para determinar la competencia internacional se hallan en el art. 21 LOPJ que, como se ha expuesto, atribuye competencia a los tribunales españoles para conocer de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la LOPJ y los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. En consecuencia, se parte de un principio general de atribución general de competencia que resulta delimitado por los Tratados Internacionales y por lo establecido en la LOPJ. De modo concordante, el art. 36 de la LEC establece los supuestos en los que los tribunales españoles deberán abstenerse de conocer de un asunto por falta de competencia internacional: 1º Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público. 2º Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado. 3º Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

1.1. Tratados internacionales.

En primer lugar, debe atenderse a la existencia de Tratados internacionales en los que se contengan normas de atribución de competencia. De ser así, las normas de los Tratados Internacionales deberán aplicarse con preferencia a las normas internas. Dentro del género de Tratados Internacionales debemos distinguir: 1º Las normas sobre jurisdicción y

competencia en el ámbito de la Unión Europea. 2º Los Tratados Internacionales con carácter general.

Las normas de la Unión Europea en esta materia, concretamente el R. 44/01, se aplican a los litigios en los que el elemento de extranjería tenga conexión con algún Estado de la Unión (con las salvaguardas que se expondrán). En ese caso, se distribuye la competencia entre los tribunales de los Estados miembros, conforme con las reglas previstas en el citado Reglamento. En el caso de que el elemento de extranjería no tenga conexión con algún país de la Unión, sino con un tercero, deberá acudir a los Tratados internacionales que puedan existir entre España y el citado país y proceder conforme con lo que allí se prevea.

El Reglamento 44/01 extiende su ámbito a la materia civil y mercantil, con exclusión de determinadas cuestiones, de modo que en el supuesto de materias no incluidas en el Reglamento deberá acudir a la posible existencia de Tratados Internacionales sobre esa cuestión. Por otra parte, la conexión a efectos de la aplicación del Reglamento 44/01 no se fundamenta en la nacionalidad del litigante, sino, básicamente, en el hecho de tener la residencia en un estado miembro.

1.1.1. *Tratados internacionales con carácter general.*

Entre los Tratados internacionales debemos distinguir entre los Convenios multilaterales y bilaterales. Los primeros suelen tener aplicación a materias concretas (menores, transportes, etc.) y establecen normas de competencia internacional de carácter general. Los segundos, bilaterales, suelen tener un ámbito general, pero limitado a los Estados contratantes.

Podemos destacar los siguientes Tratados Internacionales multilaterales: Convenio de Varsovia, sobre unificación de reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929 (art. 28); Convenio de Roma, sobre daños causados a terceros en superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952 (art. 20); Convenio de Ginebra, sobre contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, de 19 de mayo de 1956 (art. 31); Convenio de responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 29 de julio de 1960 (art. 13) y Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 (art. 13); Convenio

relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril, de 25 de febrero de 1961 (art. 44); Convenio de Bruselas, sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 (art. IX); Convenio de Berna, sobre transportes de viajeros y equipajes, de 7 de febrero de 1970 (art. 40), modificado por Convenio de Berna, relativo a los transportes por ferrocarril, de 9 de mayo de 1980.

1.1.2. *Los Reglamentos comunitarios. El Reglamento de la CE 44/2001.*

El R. 44/01 es derecho interno en tanto que es una norma de la Unión europea que tiene aplicación directa en el Estado Español. Ahora bien por su origen y por la materia que regula: la competencia judicial y reconocimiento de sentencias en el ámbito de la Unión, debe tratarse como una norma de competencia judicial internacional que distribuye competencia judicial entre los Estados miembros de la Unión.

El R. 44/01 rige en todo el territorio de la Unión con excepción de Dinamarca, respecto a la que rige el antiguo Convenio de Bruselas que tiene un contenido idéntico al R. 44/01. Precisamente, el R. 44/01 tiene su origen en el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil que se aprobó, con base en el art. 220 del Tratado constitutivo de la CEE, para posibilitar: “la libre circulación de decisiones judiciales” y regulaba esta materia con rango de Tratado Internacional aplicable entre los países de la CE. Por tanto, el CB no era propiamente Derecho comunitario. El R. 44/01 sí que lo es.

El R. 44/01 extiende su ámbito de aplicación a los litigios en materia civil y mercantil. Se excluyen cuestiones fiscales, aduaneras, administrativas y las relativas a la seguridad social. También se excluyen, expresamente a pesar de tratarse de cuestiones civiles, los litigios sobre el estado y capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales, los testamentos, las sucesiones, la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, la seguridad social y el arbitraje (art. 1).

Este Reglamento tiene aplicación general con independencia de la nacionalidad de las partes en litigio. De modo que se aplicará siempre

que algunos de los litigantes tenga domicilio en algún país miembro con independencia de su nacionalidad (art. 2). En el caso de nacionales de países de la Unión como domicilio en otro país tercero se atribuye competencia a los tribunales de los estados miembros en el caso de que se trate de: competencias exclusivas (art. 22); o exista sumisión expresa (art. 23).

La distribución de la competencia internacional contenida en el R. 44/01 se realiza mediante los denominados “Fueros” que distribuyen competencia entre los estados de la Unión, a diferencia de las normas legales internas del Estado que atribuyen competencia entre los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales. Atribuido el asunto a un tribunal de un estado miembro la sentencia que se obtenga se podrá ejecutar en cualquier otro estado de la Unión Europea, sin que sea preciso acudir a expediente alguno de homologación de la resolución³.

Los Fueros, que se aplican en relación de jerarquía o prelación entre sí, son los siguientes: competencia exclusivas (art. 22); competencias preferentes (art. 8 a 21); la sumisión expresa (art. 23); competencias especiales (arts. 5 a 7); el domicilio del demandado (art. 2 a 4). En cuanto a la sumisión tácita no es un fuero, sino un modo de evitar que surja una cuestión de competencia (art. 24)⁴.

3. Como se expuso con anterioridad, el problema que se plantea ante un asunto con elemento de extranjería es el de la ejecución de la sentencia. A este respecto, la determinación de la competencia a un tribunal español conforme con las normas internas no supone necesariamente que la sentencia pueda ser ejecutada por los tribunales del Estado donde deba surtir efecto. A este fin, la sentencia deberá ser homologada mediante un procedimiento en el que se exigirán determinados requisitos conforme con la legislación interna de ese Estado, que pueden impedir incluso su ejecución. Por ejemplo en materia de derecho de familia en la que es obvio que determinadas sentencias dictadas en España (v.g. divorcio en un matrimonio entre dos personas del mismo sexo) no podrán ser ejecutadas en determinados países.

4. El actor al interponer la demanda deberá aplicar sucesivamente los criterios expuestos y obrar en consecuencia. Por ejemplo, si el litigio versara sobre un derecho real, que es una competencia exclusiva, que se halla en Suecia (una finca o cualquier clase de derecho sobre un inmueble) el actor deberá demandar ante los Tribunales de ese país, con independencia de cualquier otra consideración (arts. 22 y ss.). Si la materia no está incluida entre las competencias exclusivas debe analizarse si la materia lo está entre las competencias preferentes (arts. 8 a 21), que prevén distintas posibilidades según la materia de que se trate (consumidores, seguros y contratos individuales

1º Fueros de competencia exclusiva. Se prevén en el art. 22 que establece que, con independencia del domicilio, se atribuyen los siguientes fueros de competencia exclusiva:

1. En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los Tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare sito.

2. En materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para uso particular durante un plazo máximo de 6 meses consecutivos, son igualmente competentes los Tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro.

3. En materia de validez, de nulidad o de disolución de sociedades y personas jurídicas; así como en materia de validez de decisiones de sus órganos, los tribunales del Estado miembro en el que este domiciliada la sociedad o persona jurídica.

4. En materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se lleven esos registros.

5. En materia de inscripción y de validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y de otros derechos análogos que requieran depósito o registro, los Tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento comunitario o convenio internacional.

6. En materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los Tribunales del Estado miembro del lugar de la ejecución.

Estos fueros atribuyen competencia con carácter imperativo de modo que los tribunales españoles no pueden conocer de materias atri-

de trabajo). En el caso que la materia no fuere ninguna de las expresadas el actor debe plantearse si existe algún pacto por el que él mismo y el demandado se someten expresamente a los tribunales de un estado miembro para los litigios que pudieran surgir entre ambos (art. 23). Si no existiera tal pacto serán competentes los tribunales del estado miembro en que tuvieran su residencia (arts. 2 y ss).

buidas en exclusiva a los tribunales de otro Estado miembro. Igualmente, si los tribunales de otro Estado miembro conocieran de materias atribuidas en exclusiva a los tribunales españoles, sus resoluciones no se ejecutarían en España.

2º Fueros preferentes por razón de la materia. Los arts. 8 a 21 R 44/01 contienen una serie de competencias preferentes para materias determinadas. Estas son la relativas a seguros, consumidores y contratos individuales de trabajo.

Estos son fueros que no contienen normas de competencia que no pueden calificarse de exclusivas, ya que permiten al demandante optar, en razón de la naturaleza de la relación jurídica, por interponer la demanda ante otros tribunales distintos a los del domicilio del demandado. Así, en el caso de los contratos de consumidores el consumidor podrá optar por interponer su demanda ante los tribunales del Estado donde se halle domiciliada la otra parte contratante o bien ante los tribunales de su propio domicilio (art. 16.2). Sin embargo, en sentido contrario la acción interpuesta contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el consumidor (art. 16.2).

La peculiaridad de este fuero competencial se halla en la circunstancia de que esta competencia no puede ser excepcionada por un pacto de sumisión expresa previo al nacimiento del litigio, salvo que dicho pacto cumpla alguna de las siguientes condiciones: – que sea posterior al litigio; o – que permita al consumidor, asegurado o trabajador demandar ante tribunales distintos de los referidos en el art. 16; o – que estando domiciliados consumidor o asegurado y contratante en el mismo Estado se atribuya competencia a dichos tribunales. (arts. 13, 17 y 21).

Por esta razón este fuero de competencia prevalece sobre la sumisión expresa, salvo que el pacto cumpla las condiciones expuestas en el párrafo anterior. Así está dispuesto en el art. 23.5 del Reglamento que prevé la falta de eficacia de los acuerdos atributivos de competencia que se opongan a lo previsto en los arts. 13, 17 y 21 Rº.

Debe tenerse presente, como se expone más abajo, que si bien las materias aquí descritas tienen carácter preferente, únicamente pueden considerarse de carácter imperativo las referentes a materia de seguros y consumidores. Véase § 1.1.3 de este capítulo.

3º Prorroga de la competencia o Fueros de sumisión de las partes:

El R 44/01 permite la denominada prórroga de competencia. Es decir, la disposición por las partes de la competencia permitiendo la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de un Estado determinado.

1. La Sumisión expresa. Se denomina sumisión expresa a un pacto por el que las partes de una relación jurídica acuerdan someter las controversias que puedan surgir, respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado determinado. Este pacto puede constar en el contrato que regula las relaciones jurídicas entre las partes, o bien en documento aparte. El acuerdo puede celebrarse: por escrito, o verbalmente con confirmación escrita; en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (art. 23).

El pacto de sumisión expresa tiene un límite que consiste en que no puede tener por objeto las materias establecidas como competencias exclusivas (art. 23.5). Sí que puede alterar, sin embargo, las normas especiales de atribución de competencia previstas en materia de seguros, consumidores o contratos de trabajo. Pero únicamente cuando el pacto de sumisión se hubiera realizado una vez iniciado el litigio o cuando permitan al asegurado, consumidor o trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en las normas previstas en el Reglamento (art. 23.5 en relación con los arts. 13, 17 y 21 R. 44/01)⁵.

2. Sumisión tácita. La prórroga tácita se produce cuando, no tratándose de materias de competencia exclusiva de un Estado miembro, las partes aceptan, sin pacto previo, la competencia internacional de un determinado tribunal. Por parte del actor, la prórroga tácita de jurisdicción tiene lugar por el hecho de presentar la demanda ante un deter-

5. En estos supuestos no se impide la sumisión expresa, pero se condiciona a que no se vulneren los derechos de la parte débil. Es decir, el asegurado o el consumidor. Elo se consigue impidiendo la validez del pacto de sumisión expresa anterior al litigio e impidiendo que se limite la competencia al estado del país donde se halle el demandado o el propio consumidor.,

minado tribunal de un Estado contratante. Por parte del demandado, por la comparecencia ante el tribunal elegido por el actor, sin impugnar su competencia internacional. (art. 24 R 44/01).

La sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa, y sobre las competencias especiales. Pero, no es efectiva si el litigio versa sobre una materia en la que resulta de aplicación algún foro de competencia exclusiva.

5º Competencias especiales. Estas se contienen en los arts. 5 a 7 del Reglamento que prevé que el actor pueda optar por demandar ante los tribunales distintos a los del domicilio del demandado en determinados supuestos. Así, en materia contractual, en el lugar de cumplimiento de la obligación. En cuestiones de alimentos, el lugar de domicilio o de residencia habitual del acreedor de los alimentos. En materia de responsabilidad extracontractual, el lugar donde se haya producido el daño. Para las acciones civiles derivadas de delito, el tribunal que conozca de la acción penal (siempre que, según su ley interna, pueda enjuiciar la acción civil)

Se trata de competencias especiales que pueden quedar condicionados por la voluntad de las partes que conste en un pacto de sumisión expresa o bien por la sumisión tácita.

6º Fuero del domicilio del demandado. Conforme con el art. 2 el fuero general de competencia es el del domicilio del demandado al que se denomina fuero natural.

Es el criterio general para distribuir la competencia, cuando no se trate de una materia de competencia exclusiva de algún Estado miembro. El Reglamento no tiene en cuenta la nacionalidad de las partes, pues las personas demandadas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, cualquiera que fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

El domicilio, por su parte, se determina, aplicando la ley interna del estado donde aquél se halle (art. 59). Si se trata de personas jurídicas, su sede quedará asimilada al domicilio, pero para determinar dicha sede, se aplicarán las normas derecho internacional privado del Estado contratante, cuyos tribunales conocieran del asunto (art. 60).

1.1.3. *Tratamiento procesal de la competencia internacional en el R. 44/2001.*

De los fueros expuestos deben distinguirse las competencias exclusivas del resto de fueros. Las competencias exclusivas tienen carácter imperativo, de modo que el Tribunal que no resultare competente deberá abstenerse de oficio de conocer (art. 25) y el demandado podrá, naturalmente, impugnar la competencia por esa razón. Si a pesar de todo se llegare a dictar sentencia ésta no podría ejecutarse por vulneración del fuero de competencia exclusiva, que se fundamentan en razones de orden público (art. 35)⁶.

También tienen carácter exclusivo o imperativo los fueros preferentes previstos en los arts. 8 a 17 referentes a materia de seguros y de consumidores. Esta carácter deviene de lo previsto en el art. 35 del Reglamento que dispone que no se reconocerán las resoluciones que se hubieren dictado desconociendo lo previsto en los preceptos citados. Así sucede en el supuesto que la norma contenga un mandato taxativo de atribución de competencia (v.g. La acción de vendedor frente al consumidor sólo podrá interponerse ante los tribunales del estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor).

No obstante, es cierto que existe una diferencia entre los fueros exclusivos del art. 22 y los de seguros y consumidores (arts. 8 a 17), ya que en el primer caso el art. 25 prevé el control de oficio de la competencia por el tribunal, mientras que no se refiere el citado art. 25 a las materias contenidas en los arts. 8 a 17. En cualquier caso, la claridad de la norma de no reconocimiento del art. 35 nos conduce a pensar que las normas sobre seguros y consumidores también deben considerarse competencias de carácter imperativo⁷.

6. No cabe, por ejemplo, que un tribunal francés se pronuncie sobre el derecho de servidumbre de paso entre dos fincas radicadas en Pamplona, con independencia de que pudiera existir conexión con Francia porque los litigantes fueran franceses, tuvieran residencia en Francia y estuvieran de acuerdo con la competencia y conformes con la sentencia. En ese caso, la sentencia no podría reconocerse por afectar a una competencia imperativa, de “ius cogens”.

7. Todo ello sin perjuicio de que la posibilidad de que el actor (consumidor o asegurado) pueda elegir entre varios fueros resta fuerza a la imperatividad de la norma. Así, por ejemplo, en materia de consumidores el Reglamento 44/01 permite que el consumidor pueda demandar al vendedor ante los tribunales de su propio domicilio

No tienen carácter imperativo los fueros previstos en materia de contratos individuales de trabajo, el fuero de la sumisión expresa y el domicilio del demandado, por cuanto nada impide que el actor interponga la demanda con infracción del pacto de sumisión expresa o el fuero general del domicilio del demandado⁸. Estos fueros de competencia los deberá hacer valer el demandado, en el modo que se expone a continuación. Si no lo hace así el demandado quedará sometido al tribunal “elegido” por el actor en virtud de la sumisión tácita. Precisamente, la sumisión tácita no es un fuero de competencia, sino un mecanismo para evitar que se produzca una “cuestión” de competencia. Esto es así, por cuanto comparecido el demandado sin impugnar la competencia no cabe ya, “a posteriori” impugnar la competencia, por haber precluido el plazo para ello. Por tanto, si bien el actor deberá, como norma, atenerse a los fueros de competencia expuestos nada le impide disponer según su criterio de los no imperativos y en ese caso corresponderá al demandado impugnar la competencia del tribunal elegido por el acto, so pena de quedar, de otro modo, sometido al mismo.

Respecto al tratamiento procesal de la competencia en el Reglamento 44/01 debe distinguirse entre el tratamiento de oficio y a instancia de parte (arts.25 y ss.).

1º De oficio. Los tribunales de los estados miembros se abstendrán de conocer sobre materias exclusivas atribuidas a otros estados, por tratarse de normas imperativas (art. 25).

(art. 16). Esta norma se fundamenta en los principios de protección del consumidor como parte débil de la relación comercial. Ahora bien, el consumidor también puede demandar al vendedor ante los tribunales donde este tuviere su domicilio y en ese caso sometido el actor no cabe impugnar posteriormente la competencia.

8. Un caso especial se plantea en el caso de contratos individuales de trabajo. Este es un fuero preferente que no puede ser excepcionado por los pactos de sumisión expresa excepto cuando cumplan las condiciones previstas en el art. 21 conforme dispone el art. 23.5. Esta norma es aplicable también a las materia de seguros y consumidores. Ahora bien la diferencia entre una y otras materia se halla en la circunstancia de que el art. 35 del Reglamento se refiere a la materia de seguros y consumidores, junto con los supuestos de competencias exclusivas, para establecer que no se reconocerá la sentencia que se pronuncie con vulneración de tales fueros. Sin mencionar a la materia de contratos individuales de trabajo. De modo que cabe entender que esta materia es preferente frente a la sumisión expresa, pero que no tiene carácter imperativo.

Como norma complementaria de la anterior, el art. 26 dispone que en el caso que se demande a una persona domiciliada en otro estado miembro y no compareciere el tribunal se declarará incompetente salvo que la competencia le venga atribuida por las normas del convenio (art. 26). También se declarará incompetente y se inhibirá de conocer el tribunal de un estado miembro cuando se hubiere declarado competente el tribunal ante el que se hubiere interpuesto la primera demanda (art. 27).

2º A instancia de parte. La parte demandada podrá impugnar la competencia de los tribunales españoles mediante la declinatoria que se interpone según establecen los arts. 63 y ss. LEC. Naturalmente, en el caso de sustanciarse el proceso ante los tribunales de otro estado la competencia se impugnará conforme con lo establecido en la ley procesal de ese estado miembro. (véase sobre la declinatoria el Capítulo 9).

1.1.4. *El Convenio de Lugano.*

El Convenio de Lugano es un Convenio paralelo al de Bruselas, ahora incluido en el R. 44/01, redactado a partir del mismo y con un contenido casi idéntico, que extiende su ámbito a los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC, más conocida por sus siglas anglosajonas EFTA). La ALEC o EFTA integra, en la actualidad, además de todos los Estados de la Unión Europea, a Islandia, Noruega y Suiza.

El Convenio de Lugano no impide la aplicación por parte de los Estados miembros de la Unión Europea del R. 44/01, y a diferencia del derecho de la Unión que solo resulta aplicable a los Estados miembros, deja abierta la posibilidad de que otros Estados se adhieran al mismo, previa invitación (arts. 60 y 62 CL).

1.2. **Las normas internas sobre extensión y límites de la jurisdicción española (art. 22 LOPJ).**

A falta de Tratado Internacional, se aplican las normas del art. 22 LOPJ que atribuyen competencia internacional a los jueces y tribunales españoles. No son normas de distribución de competencia entre

tribunales españoles y extranjeros, ya que las normas de competencia internas no pueden vincular a tribunales extranjeros. Por tanto, por medio de estas normas, lo que se establece es en qué casos conocerán los tribunales españoles, con independencia, claro está, de las dificultades que puedan surgir posteriormente para la ejecución de las sentencias que deban ejecutarse en el extranjero.

1.2.1. *Reglas que atribuyen ciertas materias a la competencia exclusiva de los tribunales españoles.*

El art. 22.1 LOPJ dispone que en el orden civil conocerán los tribunales españoles de las siguientes materias con carácter exclusivo:

1. En materia de derechos reales y arrendamiento de inmuebles que se hallen en España.
2. En materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos.
3. En materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español.
4. En materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro.
5. En materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

Se trata, como puede comprobarse, de las mismas materias a las que se refiere el art. 22 R. 44/01 (y a las que atribuye carácter exclusivo). En estas materias, la competencia internacional corresponderá siempre a los tribunales españoles, aunque existan elementos de extranjería. Consecuentemente, si de estas materias hubiere conocido un tribunal extranjero, los tribunales españoles deberán denegar la ejecución en España de la sentencia que se haya dictado.

La atribución en exclusiva de las citadas materias a los tribunales españoles se fundamenta en la evidente afectación del orden público y, concretamente, de los registros públicos a los que se refieren. Igual

sucedirá respecto a estas mismas materias cuando afecten, o tengan relación, con otros países distintos a España. Por esa razón, los tribunales españoles deberán abstenerse de conocer cuando se interponga una demanda fundada en alguna de las materias exclusivas, ya que con toda probabilidad la sentencia no podrá ser ejecutada en el país en el que deba surtir efecto.

1.2.2. *Reglas que atribuyen la competencia para las materias que no sean de competencia exclusiva de los tribunales españoles.*

A continuación, el art. 22 LOPJ establece, para los supuestos en que no se trate de competencias exclusivas, tres criterios o puntos de conexión que atribuyen la competencia internacional a los tribunales españoles: La sumisión expresa. la sumisión tácita. La circunstancia de que el demandado tenga su domicilio en España.

En defecto de los criterios anteriores, también tendrán competencia internacional los tribunales españoles si se da alguno de los demás puntos de conexión o criterios de competencia internacional que se prevén en los apartados 3 y 4 del art. 22 LOPJ, que serán de aplicación en defecto de los criterios anteriormente expuestos. Es decir, que no se trate de materias de competencia exclusiva, que no se haya producido sumisión expresa o tácita y que el demandado no tenga su domicilio en España.

El funcionamiento de los fueros dispositivos contenidos en la LOPJ debe analizarse partiendo del hecho de que los Tribunales españoles pueden conocer, siempre que no se trate de competencia exclusiva, en cualquiera de los supuestos relacionados en la Ley. De modo que interpuesta la demanda ante nuestros tribunales, estos conocerán del asunto siempre que concurra alguno de los fueros expuestos. Únicamente podrán abstenerse de conocer conforme con el art. 36.2 LEC cuando: se hubiere formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público; el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión

tácita de las partes. Véase el capítulo 9.4 sobre el tratamiento procesal de la jurisdicción y la competencia.

2. LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DEL OBJETO.

La jurisdicción en razón del objeto tiene por finalidad determinar qué orden jurisdiccional, entre los que existen en nuestro ordenamiento jurídico, es competente para conocer de un asunto. A este fin, nos interesa determinar en qué casos es competente la jurisdicción civil y cuándo, por el contrario, la competencia debe atribuirse a Tribunales de otros órdenes jurisdiccionales.

El ámbito objetivo de cada orden jurisdiccional se regula en el art. 9 LOPJ, que atribuye jurisdicción con base en la clase de tutela que se pretende y la naturaleza de la norma que debe aplicarse al proceso. Concretamente, los tribunales del orden civil conocerán conforme con las siguientes reglas (art. 9.2 LOPJ):

1º) Corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de las materias que le son propias.

Con esta cláusula tan genérica se quiere significar que es competencia de los tribunales civiles todas aquellas materias que, tradicionalmente, han tenido naturaleza civil. A saber: derecho de familia, de las obligaciones y contratos civiles o mercantiles, derecho concursal, derechos reales, propiedad industrial e intelectual, derechos de sucesión, etc. Estas materias se regulan en diversas normas, aunque el texto sustantivo principal es el Código Civil. La relativa indefinición de la relación de materias propias del orden civil se supera con la aplicación de un segundo criterio o regla de atribución de competencia.

2º) La jurisdicción civil es atrayente o residual, de modo que será competente para conocer de aquellas materias que no vengan atribuidas expresamente a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 LOPJ).

Con este criterio, de carácter general, la ley solventa el problema que pudiera plantearse ante pretensiones de difícil ubicación, ya sea por su novedad, o por su singularidad. En estos supuestos, se aplicará la citada regla y conocerán los tribunales civiles de aquellas cuestiones que no estén atribuidas expresamente al orden social o contencioso.

El fundamento de esta atribución de competencia se fundamenta en la evidencia de que el derecho social o administrativo arrancan de un tronco común de carácter civil para consolidarse, posteriormente, en nuevos cuerpos normativos específicos regidos por distintos principios y sometidos a tribunales de carácter específico (del orden Social y Contencioso-Administrativo).

Más evidente es la separación entre el orden civil y penal, ya que en virtud del principio de tipicidad y mínima intervención el derecho penal únicamente se aplica, restrictivamente, a los supuestos típicos previstos en la Ley penal. De modo que cualquier otra conducta ajena a la previsión legal deberá sustanciarse por otro cauce jurisdiccional. De este modo, es obvio que cualquier acto dañoso o culpable que no se halle expresamente tipificado como delito o falta deberá sustanciarse, cuando no sea competente el orden social o contencioso, en un proceso civil en virtud de la cláusula residual.

Ahora bien, la calificación inicial, como civil o penal, de una conducta quedará determinada, inicialmente, por el actor o querellante al interponer su demanda o querrela criminal. Esta circunstancia se pone de manifiesto, especialmente, en cuestiones como las apropiaciones indebidas, las estafas o la responsabilidad profesional por imprudencia. En estos supuestos, es potestad del perjudicado considerar que una determinada conducta es delictiva y no irresponsable desde el punto de vista civil y obrar en consecuencia abriendo un proceso civil o penal. Aunque, obviamente, la elección del querellante no vincula al tribunal ante el que se ha interpuesto la querrela que, en última instancia, es el que debe calificar jurídicamente los hechos (“iura novit curia”). De modo que si el tribunal considera que no existen indicios racionales de criminalidad, deberá inadmitir la querrela. Recuérdese que el derecho de acción penal se satisface con una resolución de inadmisión fundada en derecho (véase Lección 4). En ese caso, y en virtud de la cláusula residual, siempre podrá el perjudicado acudir a un proceso civil⁹. Pero, en ese caso, probablemen-

9. Un hecho, por ejemplo una apropiación indebida, puede abrir distintos procedimientos: penal para solicitar e imponer, en su caso, las penas correspondientes al delito. Civil con relación a la responsabilidad civil. Contencioso-administrativo, en el caso, por ejemplo, que el autor de la apropiación fuese un funcionario. En ese

te se habrá producido un gasto considerable de tiempo y dinero. Por esa razón, la regla general será utilizar la vía del proceso civil y acudir al proceso penal, únicamente, cuando de los hechos se deduzca una responsabilidad que pudiera incardinarse en el tipo penal¹⁰.

Lo expuesto hasta el momento se refiere a la calificación del objeto principal del proceso. Otra cuestión distinta es la de la acción civil en el proceso penal, que tiene su origen en la existencia de responsabilidad civil derivada del delito cometido. Esta acción se puede hacer valer en el proceso penal o reservarla para hacerla valer en un proceso civil cuando finalice el penal. En este último caso, primero se sustanciará el proceso penal y, una vez finalice este, podrá proseguirse el proceso civil. En este punto debemos tener en cuenta que la jurisdicción penal siempre es preferente (art. 44 LOPJ). Por esa razón, iniciado un proceso penal quedará en suspenso cualquier procedimiento judicial o administrativo que se hubiere iniciado con base en los mismos hechos.

Finalmente, debemos delimitar del ámbito de la jurisdicción civil respecto a la social y contenciosa, que establecen los párrafos 4 y 5 del art. 9 LOPJ.

En primer lugar, los tribunales de lo contencioso conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Por tanto, no es competencia de los tribunales de lo contencioso las reclamaciones de naturaleza contractual civil o social¹¹. Así, los tribunales del orden civil conocerán de

caso, cabría la imposición de sanciones disciplinarias que podrían recurrirse ante los tribunales de ese orden.

10. Suele ser un proceder común la utilización de la vía penal ante supuestos comunes, o cabría decir civiles, de responsabilidad. Sin embargo, el litigante debe plantearse la auténtica naturaleza del hecho, ya que el encaje de una conducta en un tipo penal exige el pleno cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Concretamente, se exigirá que quede acreditada la culpabilidad del querellado. Mientras que en el proceso civil podrá exigirse la responsabilidad mediante la simple acreditación de la falta de diligencia del demandado.

11. En este punto, es conocida la distinción entre el personal de la administración sujeto al régimen funcional y laboral. Los litigios que surjan con relación a

los litigios en materia de derechos reales o sucesorios, con independencia de que la administración sea parte actora o demandada. Así como las reclamaciones basadas en contratos de derecho privado suscritos por la administración conforme con el art. 5 del RDL 2/2000, de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Sin embargo, conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive y con independencia de haber concurrido al daño sujetos privados. También será competente este orden jurisdiccional cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva (art. 9.4.2 LOPJ)¹².

En segundo lugar, los tribunales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art. 9.5 LOPJ). Por tanto, quedan excluidos de la jurisdicción social y serán competencia de la civil (en virtud de su carácter residual) las relaciones fundadas en contratos de arrendamiento de servicios o mercantiles, o las reclamaciones por daños y perjuicios.

Con base en estos criterios corresponderá al litigante interponer la demanda ante los tribunales del orden jurisdiccional que considere competente. Sin perjuicio de esta inicial elección, los tribunales del orden civil se abstendrán de conocer cuando estimen que el asunto corresponde a otro orden jurisdiccional (penal, laboral o contencioso-administrativo), a

los primeros serán competencia de los tribunales de lo contencioso; mientras que los referentes al personal laboral se sustanciarán en los tribunales del orden social.

12. Esta norma se introdujo en la reforma de la LOPJ por LO 19/2003 a fin de unificar el criterio en esta materia. El problema se planteaba ante un suceso dañoso por el que se planteaba una petición de responsabilidad frente a la administración y un tercero, generalmente la aseguradora. En esos casos la regla general era atribuir competencia a la jurisdicción civil, aunque se producían resoluciones contradictorias con relación al orden jurisdiccional competente, ya que interpuesta la demanda ante un tribunal civil o contencioso se solía aplicar el “favor hacia la propia jurisdicción”.

la jurisdicción militar, o bien a otro órgano de distinta naturaleza (Administración Pública, Tribunal de Cuentas etc...) (arts. 9.6 LOPJ y 37 LEC). Por su parte, el demandado también podrá impugnar por falta de jurisdicción mediante la declinatoria (art. 63.1 LEC) (Véase, sobre el tratamiento procesal de la jurisdicción y competencia el capítulo 9.5).

3. CUESTIONES PREJUDICIALES.

3.1. Concepto.

La jurisdicción, que es única, se ha especializado, a efectos organizativos y de ordenación del ejercicio de la función jurisdiccional, en cuatro órdenes diferentes: civil, penal, contencioso-administrativo y social, que conocerán de los asuntos que les vienen atribuidos por el art. 9 LOPJ, que distribuye la competencia en virtud de la naturaleza de la cuestión litigiosa. La jurisdicción es improrrogable y los órganos jurisdiccionales están obligados a apreciar su propia falta de jurisdicción (art. 9.6 LOPJ). Por tanto, y en principio, ningún tribunal civil puede conocer de materias que no le son propias, de modo que en cuanto aprecie su falta de jurisdicción deberá abstenerse de conocer indicando al actor el orden jurisdiccional que se estime competente (arts. 9.6 LOPJ y 37 y 38 LEC).

Ahora bien, las cuestiones de carácter jurídico suelen adoptar cierta complejidad. Es frecuente que en un asunto existan hechos accesorios o fundamentales de distinto origen y naturaleza. En estos casos, determinada la jurisdicción en razón de la naturaleza de la pretensión, se plantea el problema de cuál sea el Juez que deba resolver sobre aquellas cuestiones ajenas a su jurisdicción. Teniendo en cuenta que la correcta solución del litigio puede precisar o estar predeterminada por el conocimiento y resolución previo de aquellas cuestiones que individualmente consideradas son competencia de otro orden jurisdiccional. A estas cuestiones se llama prejudiciales (STC 171/1994, de 7 de junio). Así sucederá, por ejemplo, si en un pleito sobre el derecho de propiedad de un camino se aportan al juicio civil documentos y certificaciones que acreditan una concesión administrativa; o si frente a una reclamación de responsabilidad civil se cuestiona si existía o no relación laboral entre los demandados.

En todos estos supuestos, el objeto del proceso no versa sobre la concesión administrativa o la relación laboral, ya que, en ese caso, debería conocer la jurisdicción contencioso-administrativa o social, respectivamente, sino que el “*thema decidendi*”, tiene naturaleza civil. Lo que sucede es que para resolver el litigio resulta preciso resolver o conocer de una cuestión incidental, respecto al objeto del juicio, de distinta naturaleza jurídica.

Teniendo en cuenta la organización jurisdiccional española, las cuestiones prejudiciales pueden tener naturaleza social, contencioso-administrativa y penal. La prejudicialidad también puede tener naturaleza civil. Así sucede cuando el Juez debe resolver una cuestión incidental de naturaleza civil, que sin constituir el objeto principal del proceso se relacione directamente con aquel y precise de su resolución.

La regla general establece que los jueces de cada orden jurisdiccional –y, por tanto, también los civiles– tienen jurisdicción a los solos efectos prejudiciales para conocer de asuntos que no les estén atribuidos privativamente (art. 10 I LOPJ). De este modo, se evita la dilación que se produciría en la sustanciación de los procedimientos si se hubieren de remitir para su resolución a los Jueces competentes las cuestiones prejudiciales que se plantearan en el proceso. Aunque, como regla especial, la ley prevé dos excepciones que suponen la devolución de la cuestión al órgano competente en razón de la jurisdicción, con la consiguiente suspensión del proceso civil: 1º En el supuesto de tratarse de cuestiones prejudiciales penales, cuando la decisión del tribunal penal pueda tener una influencia decisiva en el pleito (arts. 10 LOPJ y 40 LEC). 2º En el resto de supuestos de prejudicialidad, cuando lo establezca la ley o así lo pidan las partes (arts. 42.3 y 43 LEC). En estos casos, el proceso civil quedará en suspenso hasta que se resuelva la cuestión prejudicial. La suspensión se producirá como regla general antes de dictar sentencia. Aunque, en el caso de la prejudicialidad civil o en la prejudicialidad penal por falsedad documental, cuando el documento fuere decisivo para la resolución del pleito, la suspensión se producirá de inmediato. La suspensión se prolongará el tiempo necesario, sin sujeción al límite máximo de 60 días previsto en el art. 19.4 LEC para la suspensión acordada a solicitud de las partes.

3.2. La prejudicialidad penal en el proceso civil.

El perfecto entendimiento de la institución de la prejudicialidad penal en el proceso civil exige realizar una previa distinción entre la prejudicialidad en sentido estricto y la identidad de los hechos entre el proceso civil y el proceso penal. Se trata de supuestos distintos que producen efectos y tienen un tratamiento distinto.

En este sentido, la prejudicialidad penal, en sentido estricto, únicamente existirá como tal cuando pendiente un proceso civil, el fallo del Juez civil deba fundarse en la previa determinación de la existencia o no de un hecho delictivo¹³. Este supuesto se regula en el art. 40 LEC y se puede producir por varias circunstancias: 1º Cuando en el proceso civil se hubiera puesto de manifiesto algún hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible solo de oficio. En este caso, a tenor del art. 40.1 LOPJ, el Juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal al efecto que ejercite, si cabe, la acción penal. El hecho al que se refiere la Ley es: “*alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil*” (art. 40.2.1º LEC). Hecho que, además, pueda “*tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil*” (art. 40.2.2º LEC). Por ejemplo, cuando se cuestiona si un documento u objeto aportado al proceso tiene una procedencia ilícita o si un documento es producto de una falsificación. Pero, sin que exista una identidad entre los hechos de uno y otro procedimiento, civil y penal, sino la coincidencia de algún o algunos hechos, que deban ser objeto de enjuiciamiento en un proceso penal antes de que finalice el proceso civil cuyo objeto es distinto. 2º La prejudicialidad penal en el proceso civil también puede tener su origen en la iniciativa de parte interponiendo una acción penal con base en un hecho relacionado con el pleito civil. En ese caso, la parte interesada lo pondrá en conocimiento del Juez en tanto el proceso civil se halle pendiente, en cualquier instancia, incluida la vía de los recursos extraordinarios.

13. La apreciación sobre la identidad de los supuestos fácticos entre el pleito civil y la causa criminal corresponde en exclusiva a los Jueces civiles, y su errónea determinación no puede ser objeto de recurso de amparo (STC 224/1988, de 25 de noviembre). La existencia del proceso penal debe ser alegada y probada por la parte interesada en la instancia (STS de 24 de noviembre de 1992 [RAJ 9369]).

La existencia de una situación de prejudicialidad penal en el proceso civil no determina, necesariamente, la suspensión del procedimiento, sino cuando se den los requisitos previstos en la ley, a los que nos referimos más abajo (art. 40.2 LEC), y solo cuando el proceso se halle pendiente de sentencia.

Otro supuesto y efectos distintos se producen cuando exista una identidad de objetos entre el proceso civil y penal. Así sucederá cuando exista una íntima conexión, o identidad sustancial, entre el objeto del proceso civil y la cuestión penal, bien por que el objeto del pleito civil este inserto en el proceso penal, bien por que la decisión que ha de adoptarse en el proceso civil depende directamente de la decisión que adopte la jurisdicción penal sobre un determinado hecho que, sin ser el debatido en aquel, tiene una influencia determinante en el Fallo. En este caso, lo que concurre es la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil. Preferencia que establece el art. 44 LOPJ y que impide que puedan sustanciarse al mismo tiempo un procedimiento penal y otro civil con el mismo objeto. Así lo establece también el art. 114 LECrim, que exige como requisitos para la suspensión que existan dos procesos distintos sobre unos mismos hechos; “hechos” que deben ser coincidentes, y constituir elementos indispensables para la decisión civil, de modo que la condicionen (STS 30 de enero de 1992 [RAJ 533]).

La existencia de una situación de identidad sustancial entre los hechos de un proceso penal y otro civil producirá la suspensión inmediata del proceso civil, ya que la jurisdicción excluye a la civil en virtud del principio de preferencia¹⁴. Es por ello que mientras este pendiente el proceso penal no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho –art. 114 LECrim–; ni ejercitarse separadamente ninguna acción civil basada en

14. En este supuesto, procede la inmediata suspensión, como ha sentado el TS en numerosas sentencias. Véase, por ejemplo, la STS 31 de marzo de 1992 (RAJ 2317) en la que el TS declara que: “*como establecen los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basta con que verse el proceso penal sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo de la cuestión civil, sin ser conocida antes la decisión que se dicte en la vía criminal, teniendo como finalidad la norma en cuestión que se evite la división de la continencia de la causa y la posibilidad de sentencias contradictorias entre las sentencias de uno y otro Tribunal*”. Véanse también las SSTs 6 de junio de 2002 (RAJ 5113) y 30 de septiembre de 1996 (RAJ 6824).

los mismos hechos hasta que el proceso penal finalice por sentencia firme —art. 111 LECrim—¹⁵.

Sentado lo anterior resulta clara la diferencia entre la prejudicialidad penal en el proceso civil, que se regula conforme está previsto en el art. 40 LEC, y la exclusión de la jurisdicción civil frente a la penal que se produce en el caso de la identidad de hechos y que opera en virtud del principio de preferencia establecido en los arts. 44 LOPJ y 114 LECrim.

Centrándonos en la prejudicialidad penal en el proceso civil, esta producirá la suspensión del proceso civil únicamente cuando concurren los requisitos previstos en el art. 40 LEC. Estos son los siguientes:

1º) Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando hechos de apariencia delictiva. Es decir, únicamente se puede producir la suspensión en caso de que los hechos fueron constitutivos de delito y que el proceso penal esté pendiente. Es decir, se halla iniciado efectivamente. Así sucederá cuando se haya incoado sumario o diligencias previas y, por tanto, la querrela o la denuncia —si las hubieron sido admitidas a trámite.

2º) Que los hechos objeto del proceso penal sean alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

3º) Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Este requisito excluye que las acciones ejercitadas en el proceso civil y penal sean compatibles, pues en ese caso no existiría prejudicialidad. Tampoco existirá prejudicialidad cuando aun existiendo relación en los hechos la decisión del tribunal penal, no predetermine la que deba recaer el proceso civil; o cuando la acción civil que se está sustanciando en el proceso civil no resulte comprendida en

15. Ahora bien, nada impide que, pendiente un proceso penal, se interponga y se admita la demanda civil, incluso con petición y adopción de medidas cautelares en prevención. Ello sin perjuicio de decretarse la suspensión del proceso civil mientras se halle pendiente el proceso penal.

las acciones civiles que pudieran derivarse de los hechos constitutivos de delito o falta¹⁶.

La suspensión tendrá lugar solo en el momento inmediatamente anterior a dictar sentencia (art. 40 LEC). O lo que es igual: cuando han precluido las oportunidades de alegación y prueba de las partes y la suspensión no les permite “ganar tiempo” para preparar su defensa (sin perjuicio del supuesto de falsedad documental al que nos referimos a continuación). Se alzarán la suspensión, y el proceso proseguirá su curso, una vez que se acredite que el juicio penal ha concluido –en cuyo caso, el Juez civil deberá estar a las resultas de lo que en él se decidida– o que “se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación” (art. 42 6 LEC) (v.g.: porque el inculpado se hubiere fugado y se hubiere dictado auto de sobreseimiento provisional).

Sin embargo, como excepción, se producirá la suspensión inmediata en el supuesto de abrirse causa penal por falsedad de alguno de los documentos aportados al proceso cuando pudiera ser decisivo para resolver el fondo del asunto (art. 40.4 LEC). Este es uno de los supuestos más frecuentes de prejudicialidad penal en el proceso civil, que puede ser advertido por el Juez, aunque lo ordinario será que alguna de las partes en el proceso civil interponga querrela criminal por la falsedad de alguno de los documentos presentados por la adversa en el proceso civil. La prejudicialidad penal por falsedad documental requiere de los requisitos expuestos con carácter general: – que la parte acredite la pendencia del proceso penal (diligencias previas o admisión de la querrela), – y la incidencia decisiva del documento objeto de las diligencias penales en el proceso civil¹⁷. En ese caso, el Juez acordará la suspensión,

16. Por ejemplo, no cabe suspender un proceso civil en el que se solicita responsabilidad civil frente a un administrador con base en un contrato, con independencia de que se haya iniciado proceso penal frente a ese administrador por determinados delitos societarios, cuya resolución no es prejudicial al proceso civil. Tampoco cabe la suspensión en el supuesto en el que el proceso civil versa sobre una acción contractual contra una aseguradora respecto de una póliza suscrita con dicha entidad y el proceso penal tiene por objeto la apropiación indebida del importe de la póliza por el agente de seguros.

17. No se produce supuesto de prejudicialidad cuando el Juez declare la falta de eficacia probatoria de unos documentos y acuerde librar testimonio, sin que se haya

que se producirá cuando el proceso civil se halle, únicamente, pendiente de sentencia.

Esta especialidad funciona como una cláusula de salvaguarda que permite evitar la sustanciación de un procedimiento civil que puede resultar inútil con la declaración y condena de falsedad del documento decisivo. Al mismo tiempo, la parte a la que pudiera favorecer el documento puede renunciar al mismo, de modo que, en ese caso, se alzaría la suspensión del proceso civil que continuará con independencia del curso que tome el proceso penal. La renuncia se producirá mediante escrito dirigido al Juez civil identificando con precisión los documentos objeto de aquella. Aunque, en rigor, no se puede renunciar a documentos, sino a derechos y facultades. Por ello, lo correcto es entender que la parte debe pedir que el documento contencioso sea retirado de los autos y, por tanto, no pueda ser utilizado “ratio decidendi” por el Juzgador. La Ley no establece trámite de audiencia alguno de la adversa o del Fiscal, que no resultará necesario por aplicación del principio dispositivo de aplicación en el proceso civil. Con esta norma es posible soslayar la existencia misma de la cuestión prejudicial que desaparecerá, y con ella el obstáculo procesal para la prosecución del proceso, con la renuncia y separación de los autos del documento que se pretende falso. Sin embargo, esta posibilidad es paradójica. En este sentido, la misma posibilidad de renuncia y separación del documento de los autos civiles indica la accesoriedad del documento para la resolución del proceso civil. De este modo, en realidad no existiría prejudicialidad, por cuanto si se puede separar el documento, este no sería decisivo para resolver el pleito civil. Por otra parte, también es cierto que puede resultar difícil para el tribunal resolver sobre la importan-

iniciado procedimiento penal alguno. Por otra parte, la jurisprudencia en esta materia es restrictiva, admitiéndose la cuestión y la consiguiente suspensión, únicamente, cuando las actuaciones penales, por su relación con los hechos objeto del proceso civil, son predeterminantes del fallo civil. A título de ejemplo, existe prejudicialidad en el caso de unas actuaciones penales por falsedad documental y administración desleal, y un juicio civil en el que se solicita la nulidad de determinados actos propiciados por la citada falsedad. A “sensu contrario” no se dará un supuesto de prejudicialidad cuando los hechos objeto del proceso penal sean independientes o compatibles con los que se juzgan en el proceso civil.

cia del documento sin entrar en el fondo del asunto. De lo expuesto cabe deducir que esta norma debe entenderse como una cláusula de salvaguarda que permita superar situaciones de fraude procesal amparadas en la existencia de una situación aparente o preconstituida de prejudicialidad penal.

Para garantizar los perjuicios que puedan derivarse de una cuestión prejudicial penal sin fundamento, el art. 40.7 LEC establece que cuando el proceso penal iniciado a instancia de parte (por denuncia o querrela) hubiere finalizado por resolución en la que no se hubiere probado su falsedad o se declare auténtico, la parte perjudicada por la suspensión podrá acudir directamente a la vía ejecutiva y solicitar indemnización por daños y perjuicios en el incidente de liquidación previsto en los arts. 712 y ss. LEC. Todo ello sin perjuicio de que el Juez pueda imponer sanción por mala fe procesal (art. 247 LEC)¹⁸.

Frente al pronunciamiento del tribunal sobre la prejudicialidad caben, en abstracto, tres regímenes de recursos en función de cuál sea su contenido y el momento en que se dicte (art. 41 LEC): a) Si el Juez deniega la suspensión cabe, únicamente, recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión en el recurso de apelación frente a la sentencia, o en la tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal o de casación. b) Contra el auto que concede la suspensión cabe recurso de apelación directo, si se dictó en primera instancia, y frente al auto que resuelva la apelación recurso extraordinario por infracción procesal. c) Aunque la ley nada dice, reproducida la cuestión de la prejudicialidad y acordada la suspensión en segunda instancia, cabrá recurso de reposición y frente a su resolución, por analogía con lo que dispone el art. 41.2 LEC, recurso extraordinario por infracción procesal. d) Frente al auto que concede la suspensión dictado durante la tramitación de algún recurso extraordinario, únicamente cabe interponer recurso de reposición.

18. Los daños y perjuicios causados se pueden solicitar en cualquier momento a partir de la firmeza de la resolución penal dirigiéndose directamente al Juez sin que sea preciso hacerlo durante la sustanciación del proceso. Más al contrario, lo adecuado será esperar hasta que hubiere finalizado para conocer con precisión los perjuicios causados por la demora del proceso (intereses, pérdida de ventas, etc.).

3.3. La prejudicialidad no penal en el proceso civil.

Son numerosos los supuestos en los que en un proceso civil aparecen cuestiones prejudiciales de naturaleza administrativa o social. Por ejemplo, con relación a la validez de la inscripción de una Marca en el Registro (OEPM) o sobre la legalidad y validez de la actuación administrativa cuando se reclama frente a la administración por haber actuado por la vía de hecho, etc.

La regla general en esta materia determina que, a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social (arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC). Consecuencia del carácter prejudicial con el que conoce el tribunal civil, la decisión que adopte con relación a la cuestión prejudicial no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca¹⁹. Es decir, carece de fuerza de cosa juzgada material²⁰.

La regla especial establece que, en determinados supuestos, la cuestión prejudicial tenga carácter devolutivo. En cuyo caso el tribunal civil remitirá la cuestión al órgano administrativo o jurisdiccional que corresponda para su resolución, con suspensión del procedimiento judicial civil en tanto se resuelve la cuestión. El tribunal civil quedará vinculado por la decisión que hubiere adoptado el órgano o tribunal que resolvió la cuestión prejudicial.

En este último caso, las cuestiones prejudiciales laborales serán resueltas por los órganos jurisdiccionales de lo social. Las cuestiones

19. La decisión que se pueda acordar, por ejemplo con relación a la validez de una licencia o de un contrato de trabajo, no impide que se pueda iniciar un proceso en el orden jurisdiccional que corresponda al efecto de solicitar, por ejemplo la nulidad de la licencia o del contrato. En ese caso, el Juez social o de lo contencioso no estará vinculado por la decisión prejudicial que hubiere adoptado el Juez civil. En realidad, la propia naturaleza prejudicial de la cuestión impide que la decisión que se adopte pueda tener fuerza de cosa juzgada material, ya que únicamente tienen ese efecto los pronunciamientos sobre el fondo del asunto, y no otros resueltos a título prejudicial.

20. Pero la decisión sí que tiene fuerza de cosa juzgada formal, lo que determina que vincule a las partes en el proceso y deba estarse a lo que se hubiere resuelto (art. 207 LEC).

administrativas –dependiendo de su naturaleza y de que se haya tramitado ya o no la vía gubernativa previa– podrán ser resueltas por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, por la propia Administración o por alguna institución de naturaleza mixta (no enteramente administrativa ni jurisdiccional, como el Tribunal de Cuentas).

Los supuestos que determinan la suspensión del procedimiento son los siguientes:

a) Que la ley expresamente lo establezca. Salvo error u omisión nuestro, no hay en este momento ningún precepto legal que de forma expresa imponga al Juez el deber de paralizar los autos y aguardar a la resolución que dicte otro Tribunal o la Administración. Aunque no se diga expresamente, la tajante dicción de la ley y el previsible carácter de orden público de la cuestión inducen pensar que el Juez –salvo que otra cosa dispusiera la norma para ese caso concreto– debería estimar de oficio la existencia de la cuestión prejudicial y suspender el procedimiento.

b) Que las partes lo pidan de común acuerdo.

El art. 42.3 LEC establece que la petición la deben formular las partes “*de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra*”. La redacción legal resulta redundante, ya que si la parte no se opone es porque está de acuerdo. Cuestión distinta es si las partes deben pedir en un escrito conjunto la suspensión del proceso por prejudicialidad, o si el silencio de una de ellas debe interpretarse como consentimiento. A este respecto, la ley no exige que la paralización se inste en un mismo escrito, por lo que basta con que una de ellas lo pida y la otra en el plazo de 5 días –que es el que la Ley establece para contestar a las demandas incidentales: art. 393 3 LEC– no se oponga expresamente para que el Juzgado deba entender cumplido el requisito a que se refiere el art. 42.3 LEC²¹. Una vez que se da alguna de estas condiciones, el Juez

21. Otra interpretación podría plantear problemas cuando estando en rebeldía, el demandado se solicitase la suspensión por prejudicialidad, o cuando alguno de los litigantes adoptase una posición pasiva. Ahora bien, la suspensión solo podrá decretarse una vez que el demandado hubiere sido emplazado y tenido oportunidad de manifestarse con relación a la petición.

viene obligado a acordar la suspensión por prejudicialidad²² –que se convierte así en un acto debido que, a diferencia de lo que sucede con la prejudicialidad civil del art. 43 LEC, no queda sujeto al criterio del juzgador²³–.

No se exige que el proceso laboral o contencioso-administrativo se hubiere iniciado efectivamente, requisito necesario en el caso de plantearse una cuestión de prejudicialidad civil. En ese caso, de no haberse iniciado el procedimiento contencioso-administrativo o laboral, el Juez civil conferirá a las partes un plazo que considere razonable para promoverlo –y acreditarle su comienzo–, transcurrido el cual se deberá alzar la suspensión. Carecería de sentido mantener en vigor una suspensión que se ha acordado solo para dar tiempo a que se dicte una resolución que no se va a dictar.

La suspensión solo se producirá a partir del momento inmediatamente anterior a dictar sentencia²⁴ y se prolongará hasta que el proceso que la motivó concluya mediante resolución firme²⁵. Entre tanto, el

22. La Ley no establece qué forma debe revestir la resolución en la que el Juez se pronuncie sobre la suspensión, aunque en razón de su contenido será un auto. Tampoco regula el régimen de recursos. En consecuencia, y por analogía, será de aplicación el previsto en el art. 43 para la prejudicialidad civil que, en definitiva es el general para los autos. A saber, si suspenden o ponen fin al proceso cabe recurso de apelación, y si deniegan la petición prosiguiendo el proceso cabe reposición, sin perjuicio de reiterar la cuestión en la apelación frente a la sentencia definitiva.

23. Esta generosa amplitud con que el legislador permite la paralización por prejudicialidad tiene, al menos, tres negativas consecuencias: permite que la solicitud de paralización sea escueta y/o infundada como sucede con la oposición en el monitorio y nadie pueda verificarlo; permite a las partes promover procesos laborales o contencioso-administrativos con el solo objetivo de obtener suspensiones más largas de las que les permitiría obtener el art. 19.4 LEC; y reabre las posibilidades de generar dilaciones indebidas cuando el régimen del art. 40 LEC pretendía justamente lo contrario.

24. Por tanto, solicitada y acordada la suspensión, esta solo producirá efectos una vez finalizado el juicio y pendiente de sentencia. Con esta norma se pretende asegurar que la paralización produzca la menor perturbación y retraso posible en la sustanciación del proceso civil, quien la solicita no “gana” con ella un tiempo extra para preparar su prueba o formular sus alegaciones.

25. A nuestro juicio, no cabe que las partes, antes de la finalización del procedimiento, modifiquen su parecer y de común acuerdo pidan el alzamiento de la sus-

Juez podrá adoptar medidas cautelares. A este respecto, puede resultar de aplicación analógica la norma prevista en el art. 64.2 LEC para el caso de suspensión del proceso como consecuencia de la interposición de declinatoria. Alzada la suspensión —que se producirá de forma automática y sin audiencia previa a las partes en cuanto al Juez le conste de manera fehaciente que el proceso laboral o contencioso-administrativo ha concluido mediante resolución firme—, el Juez civil dictará sentencia respetando y tomando como base los pronunciamientos emitidos por el órgano que haya resuelto la cuestión prejudicial. De esta manera, el art. 43 LEC viene a dar carta de naturaleza a una suerte de contrato procesal entre las partes por el que aceptan someterse a la decisión que emita sobre la cuestión prejudicial, no el Juez que está conociendo del asunto, sino otro especializado por razón de la materia. Se crea así una suerte de “cosa juzgada” que opera entre órdenes jurisdiccionales y que matiza a una tradicional jurisprudencia según la cual las resoluciones dictadas en un orden judicial que no fuera el penal carecían efectos vinculantes en procesos sustanciados en otros órdenes jurisdiccionales.

También puede suceder que el proceso contencioso-administrativo o laboral finalice sin entrar en el fondo del asunto por entender, por ejemplo, que falta algún presupuesto procesal o que existe algún óbice. En ese caso, la suspensión del proceso civil habrá sido “inutiliter

pensión, privando así de efectos vinculantes a la decisión que dicte el Juez de lo social o contencioso-administrativo. A este respecto, es cierto que la suspensión se habrá producido a instancia de parte sin que el Tribunal pueda resolver en contra de ese acuerdo. Ahora bien, eso no significa que el Juez pueda acceder a tutelas infundadas, de modo que para resolver la suspensión, el Juez debe comprobar que existe, efectivamente, una cuestión que el Juez califique de prejudicial. Y una vez planteada ante los tribunales del orden jurisdiccional que corresponda, debe estarse a lo resuelto en ese procedimiento, sin que pueda depender de las partes la eficacia que pueda tener la sentencia que allí se dicte. Máxime por tratarse de una cuestión de aplicación del derecho. En definitiva, prosiguiendo el proceso y habiendo decidido el Juez el carácter prejudicial de una cuestión determinada, no podrá ir contra sus propios actos, por lo que deberá estar a lo decidido en la sentencia que se dicte en el orden social o contencioso-administrativo. Cuestión distinta es que las partes desistan del procedimiento social o contencioso y soliciten el alzamiento de la suspensión del proceso civil. O también puede suceder al revés, que desistan del proceso civil. Es obvio que, en esos casos, el Juez civil no podrá conocer por inexistencia del juicio.

data”, pues no existirá resolución administrativa o laboral que resuelva la cuestión prejudicial, que deberá resolver el Juez civil conforme con los arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LOPJ²⁶.

3.4. La prejudicialidad civil.

La prejudicialidad civil supone la existencia de conexión entre dos cuestiones litigiosas, sustanciadas ante el mismo o distinto tribunal, de modo que para resolver la primera es necesario decidir acerca de la segunda. La conexión exigida por la prejudicialidad debe ser de tal intensidad que la resolución de aquella cuestión predetermine la decisión del pleito (que podemos denominar principal), que quedará vinculado por aquel pronunciamiento²⁷. A esta singular prejudicialidad se refiere el art. 43 LEC, que parte de la existencia de dos procedimientos conexos o relacionados, de suerte que –aunque se tramiten separadamente– el objeto de uno de ellos sea parte del objeto de otro²⁸.

La prejudicialidad civil solo tiene en común con los demás supuestos de prejudicialidad el hecho de que puede ser resuelta por un órgano jurisdiccional distinto de aquel ante el que se plantea. Pero no presupone la

26. Ahora bien, cuando el Juez de lo contencioso-administrativo o laboral hubiere estimado la existencia de cosa juzgada, pudiera producir el efecto pertinente lo resuelto en el proceso que produjo la cosa juzgada. Similar argumento puede mantenerse en el caso de haber apreciado la excepción de litispendencia.

27. Esa vinculación existe, por ejemplo, entre un proceso de filiación en el que A pide que se reconozca su condición de hijo de B y otro en que se enjuicia una acción de petición de la herencia de B ejercitada por A; o entre un proceso en el que A pide que se declare que es dueño de la finca X y otro en el que B ejercita acción pidiendo que se ordene a A reconocerle una servidumbre de paso sobre la finca X; o entre un proceso en el que se pide que se declare que el nombramiento de A como consejero-delegado de una sociedad es nulo y otros procesos en los que se impugnen contratos celebrados por A como aparente consejero-delegado.

28. La existencia de procesos civiles “relacionados o vinculados” –en los que el objeto de uno resulta el antecedente lógico del objeto de otro– es bien conocida. El Derecho romano los denominaba “praeiudicia”, el Derecho histórico español “antejuicios” y el Derecho procesal civil comunitario “demandas conexas” (arts. 21 CB y 28 del Reglamento 44/2001).

existencia de un Tribunal especializado que vaya a resolver la cuestión en mejores condiciones que el que ya está conociendo del proceso.

En los supuestos de prejudicialidad civil, la sentencia que se dicte en un proceso afecta al otro, de modo que se corre el riesgo de obtener sentencias incompatibles o contradictorias²⁹. Por esa razón, la LEC prevé distintos mecanismos para evitar que se divida la continencia de las causas y, en definitiva, que se den supuestos de prejudicialidad. En este sentido, razones de eficacia y economía procesal aconsejan que se resuelvan en un solo pleito todas las cuestiones litigiosas que tengan las partes entre sí, siempre que ello sea posible. De este modo, se favorece la eficacia y la economía procesal.

A este fin, sirven la acumulación de acciones, la reconvencción o la acumulación de procesos. El actor podrá acumular a su demanda otras que tenga contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquellas no sean incompatibles entre sí. Esta acumulación la puede hacer de forma inicial (art. 71 LEC); o bien sobrevinida mediante la ampliación de la demanda antes de que el demandado la conteste (art. 401 LEC). Por su parte, el demandado puede reconvenir frente al actor para ejercitar una pretensión conexa con la del actor con la consecuencia de que se sustanciarán en el mismo proceso. Por ejemplo si se reclama una cantidad por un contrato el demandado, puede reconvenir alegando la nulidad, cuestión que tendrá carácter prejudicial a la petición que dio inicio al proceso (art. 406 LEC).

Estas posibilidades no evitan que puedan sustanciarse al mismo tiempo procesos conexos, por distintas circunstancias. Por ejemplo no pueden acumularse acciones que deban ventilarse en juicio de distinta naturaleza (art. 73 LEC) (no puede acumularse un proceso de filiación a otro de reclamación de heredero), o que estén sometidos a distintas normas de competencia; también puede suceder que los procesos entre

29. Así sucederá si, por ejemplo, en un proceso se declara que A no es hijo de B y en otro se le permita heredar de B como hijo suyo; o que se declare que A es dueño de la finca X y en otro se establezca que B no puede pretender el reconocimiento de la servidumbre frente a A porque este no es dueño de la finca X; o, finalmente, que en un proceso se declare que el nombramiento de A como consejero-delegado es nulo y en otro se afirme la validez de los contratos que celebró en esa condición.

los que exista prejudicialidad se hubieren suscitado entre distintas personas y, por tanto, no sean acumulables³⁰.

Para esos supuestos, el Derecho Procesal regula la acumulación de procesos que es el modo tradicional en que nuestro Derecho ha intentado evitar, en último extremo, la antinomia que supone la existencia de una cuestión prejudicial (arts. 74 y ss. LEC) (véase el capítulo 19)³¹. Conforme con el art. 76 LEC, la acumulación de procesos procede: cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro; o cuando exista tal conexión entre los procesos que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias contradictorias o con pronunciamientos incompatibles o excluyentes. Por tanto, ante un supuesto de prejudicialidad civil la regla general consiste en solicitar la acumulación de procesos, de modo que ambos se sustanciarán conjuntamente y se decidirá en una sola sentencia que pondrá fin al litigio (art. 74 LEC).

Pero estos mecanismos procesales pueden resultar insuficientes, por distintas razones, con la consecuencia de darse un supuesto de prejudicialidad civil con la existencia de dos procesos conexos de los que uno es prejudicial a otro³². Esta situación se resolverá conforme con lo previsto

30. Por ejemplo, que en el primer proceso, A pida que el Juez declare con fuerza de cosa juzgada frente a B que la marca X ha caducado por falta de uso; en el segundo proceso B pide que se declare frente a C que la comercialización de ciertos productos es un acto lícito amparado por la marca X. Evidentemente, ambos procesos son conexos: la existencia de la marca es un *prius*, sin ella no puede haber derecho a comercializar productos. Sin embargo, las partes no son las mismas y no se puede plantear en nuestro derecho un proceso entre tres partes enfrentadas entre sí.

31. La prejudicialidad civil no debe confundirse con la cosa juzgada, ni con la litispendencia, aunque compartan rasgos comunes. En primer lugar, la prejudicialidad supone conexión, mientras que la litispendencia se fundamenta en la identidad de los objetos de dos procesos. Por esa razón, la litispendencia tiene el efecto de paralizar y poner fin, definitivamente, a un segundo proceso con objeto idéntico al primero (SSTS 4 de marzo de 2002 [RAJ 2658] o de 9 de julio de 2001 [RAJ 5148]) (arts. 74 y ss. LEC) (véase la Lección 18). En cuanto a la cosa juzgada, que alguna jurisprudencia denomina “*prejudicialidad negativa*”, se distingue de la prejudicialidad por cuanto la cuestión ya ha sido resuelta y, por tanto, produce vinculación positiva y negativa (véase la Lección 30).

32. Estos supuestos, en los que no procederá la acumulación, pueden deberse a varias causas. Así, el art. 77 LEC no permite la acumulación de procesos cuando se

en el art. 43 LEC, que vendría a convertirse en un mecanismo subsidiario —o remedio último— para evitar que se lleguen a dictar sentencias contradictorias³³.

A este fin el Juez, a petición de ambas partes, o de una, oída la contraria, podrá decretar la suspensión del proceso, siempre que no resulte procedente “la acumulación de procesos”, hasta que se hubiere resuelto la cuestión prejudicial³⁴.

La ley no exige que los dos procedimientos sean de la misma clase o naturaleza. Uno podría ser un juicio ordinario y el otro un verbal. Aunque el proceso que se suspende debe ser por definición un proceso plenario, ya que carece de sentido aguardar la resolución que va a dictar otro órgano jurisdiccional y que, por haber sido dictado tras una sumaria cognición, no posea fuerza de cosa juzgada.

La solicitud de suspensión por prejudicialidad puede efectuarse en cualquier momento del proceso, v.g. en la contestación a la demanda o incluso mediante escrito atípico una vez finalizado el juicio, pero antes de que se haya dictado sentencia³⁵.

sustancien por distintos trámites o cuando el juez ante el que se solicita la acumulación carezca de competencia objetiva para conocer del otro proceso. Con distinto fundamento, el art. 78 LEC establece la improcedencia de la acumulación de procesos cuando el actor o el demandado no justifiquen que no pudieron utilizar los cauces de la acumulación de acciones o la reconvencción para plantear todas las peticiones que tengan frente a la adversa. Con esta norma se pretende evitar la dejación de las partes y el fraude procesal de interponer varias demandas para luego solicitar su acumulación, para de ese modo entorpecer la sustanciación de los procesos.

33. Aun así, eso no significa que deba permitirse la utilización del incidente de prejudicialidad civil para favorecer al litigante que olvidó solicitar en tiempo y forma la acumulación de autos. La imposibilidad de proceder a la acumulación a que se refiere el art. 43 LEC debe ser legal y no estar auspiciada por la negligencia de la parte interesada.

34. No se exige una resolución (firme o no) que deniegue la acumulación de autos —a menudo intentar obtenerla podría conducir a la imposición de unas costas innecesarias a quien la solicitara—. Como regla general, debe bastar con la alegación al Juzgado de los motivos que acreditan el cumplimiento del requisito y que determinan necesariamente la imposibilidad de acumular los procesos (v.g. que los procesos se encuentran en distintas instancias o que en alguno de ellos ya se ha celebrado el juicio).

35. Por definición, los dos procesos deben encontrarse pendientes ante tribunales civiles. Lo que es indiferente es que se hallen o no pendientes ante el mismo tribunal.

La suspensión del proceso por prejudicialidad puede adoptarse hasta que se haya dictado sentencia en primera instancia en el proceso en el que se plantease, con independencia de que el otro proceso este en vía de recurso ordinario o extraordinario. Es decir, no cabe solicitar la suspensión, por ejemplo, de una apelación interpuesta frente a una sentencia dictada en primera instancia haciendo valer una cuestión prejudicial. Nótese que, en ese supuesto, el Juez ya habrá resuelto en primera instancia, con lo que la alegación de prejudicialidad se producirá conociendo el sentido del fallo. Y presuponiendo que la cuestión prejudicial resulta necesaria para resolver el proceso, la consecuencia de estimar la existencia de prejudicialidad será la de declarar la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia. Por esa razón, únicamente cabría alegar la prejudicialidad en apelación en el caso, improbable, de que la parte que la solicitara, no hubiere tenido conocimiento hasta ese momento de la existencia de la citada prejudicialidad.

Solicitada la suspensión, el Juez dará audiencia a las demás partes personadas –salvo que hubieran sido todas ellas quienes de común acuerdo solicitaran la suspensión– y resolverá a continuación mediante auto, conforme a las reglas previstas para el procedimiento incidental, que no tendrá efectos suspensivos (arts. 387 y ss LEC).

Si decide estimar la petición que se le formula, suspenderá las actuaciones en el momento en que se encuentren, aunque –por analogía con la declinatoria– consideramos que nada le impide ejercitar durante la paralización las facultades a que se refiere el art. 64.2 o acordar medidas cautelares³⁶. La paralización durará hasta que el primer proceso concluya mediante sentencia firme y se alzaré, incluso de oficio, en cuanto se constate la existencia de esta. La cuestión resuelta en el proceso finalizado vinculará al Juez del primer proceso, lo que se deduce de

36. A diferencia de lo que sucede en el supuesto de prejudicialidad penal, social o contencioso-administrativa (arts. 40 y 42 LEC), la suspensión por prejudicialidad civil se acordará en el momento en que se hallen las actuaciones, sin necesidad de aguardar al momento inmediatamente anterior a que se dice sentencia. Otra diferencia es que la decisión de suspensión del procedimiento es siempre discrecional a diferencia de lo que sucede con la prejudicialidad social o contencioso-administrativa del art. 42 LEC, en la que la suspensión es preceptiva si las partes están de acuerdo.

una interpretación integradora de los arts. 222 y 43 LEC³⁷. Finalmente, frente al auto que deniegue la suspensión, cabe recurso de reposición. Frente al que la acuerde, recurso de apelación (art. 43.2 LEC).

3.5. Prejudicialidad constitucional: La cuestión de inconstitucionalidad.

Los Jueces están obligados a aplicar la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, que es de aplicación directa por los Jueces, que interpretarán y aplicarán la ley según los preceptos y principios constitucionales (art. 5 1 LOPJ). También vienen obligados por la Ley y el resto del ordenamiento jurídico que deberán aplicar con las siguientes excepciones: 1º Los Jueces no aplicarán aquellas normas de rango inferior a Ley que consideren contrarias a la Constitución o la ley. 2º Tampoco están obligados a aplicar las leyes anteriores a la Constitución que entiendan contrarias a alguno de sus preceptos (inconstitucionalidad sobrevenida).

Salvo las excepciones expuestas, los Jueces y tribunales están obligados a observar y aplicar la ley (arts. 9.1 y 117 CE). Ahora bien, si el Juez civil que está conociendo de un asunto entiende que una norma con rango de ley, posterior a la Constitución aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, puede y debe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC a tenor del art. 52 LOPJ, en relación al art. 163 CE. A este efecto, deberán concurrir determinadas condiciones procesales (art. 35 LOTC): a) La norma de la que se cuestiona su constitucionalidad debe tener rango de Ley. Si fuera de rango inferior queda fuera del ámbito de los arts. 163 CE y 35.1 LOTC y, además, el Juez o Tribunal puede dejar de

37. La vinculación del Juez del proceso suspendido se produce, por la fuerza positiva de la cosa juzgada, y por la propia cosa juzgada formal de su propia resolución suspendiendo el proceso por causa de prejudicialidad. A este efecto deben conjugarse ambos preceptos arts. 222 y 43 LEC, ya que el art. 222 LEC, con relación a la cosa juzgada, establece el requisito de la identidad de partes entre los procesos en los que opera la cosa juzgada, circunstancia que no tiene por qué darse entre los procesos en los que opera la prejudicialidad.

aplicarla conforme al art. 6 LOPJ. b) El fallo debe depender de la validez de la norma³⁸.

La razón última que justifica este mecanismo procesal es la necesidad de otorgar al Juez un instrumento para cohonestar —cuando colisionen en un caso concreto— su doble deber de someterse a la Constitución y a la ley promulgada (STC 96/2001, de 5 de abril). No es preciso que el Juez tenga la seguridad de que la norma es inconstitucional, sino que, como regla, basta con que tenga una duda fundada. Pero sí es en todo caso preciso, para que pueda plantearse cuestión de inconstitucionalidad, que el Juez carezca del poder de no aplicar esa norma (v.g. por inconstitucionalidad sobrevenida, véase STC 39/2002, de 14 de febrero), ya que de ser así no cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad debe estar siempre en directa, estrecha e inmediata relación con un proceso. En ningún caso es un medio de impugnación en “abstracto” de la constitucionalidad de las normas, ni un sistema que permita directamente aclarar dudas de interpretación sin alcance constitucional. De ahí que no sea posible plantear la cuestión si la norma no condiciona el resultado del pleito o ha sido derogada (STC 35/2002, de 11 de febrero). Tampoco pueden pedirse a través de ella pronunciamientos innecesarios o irrelevantes para la decisión del pleito (ATC 122/2001, de 8 de mayo); o pedir que el TC supla las deficiencias de la ley, haciéndole decir lo que aquella no dice, ya que la creación y modificación de la ley no es competencia del TC³⁹.

38. El término “fallo” al que se refiere el art. 163 CE y “sentencia” previsto en el art. 35.1 LOTC, debe interpretarse en sentido amplio, lo que incluye, además de las sentencias, los autos y, en general cualquier decisión jurisdiccional que deba ser adoptada (STC 86/1990, de 15 de noviembre).

39. La duda sobre la constitucionalidad de un precepto aplicable puede referirse tanto a cuestiones sustantivas como procesales (v.g. cuestiones de competencia); pero no a cuestiones de legalidad ordinaria. Tampoco se admitirá a trámite aquellas cuestiones que se basan en una interpretación de la Ley o del precepto constitucional con el que se le supone en conflicto, absolutamente diversa de la que es común en la comunidad jurídica o de la que haya sido ya consagrada por el TC (AATC 102/2004, de 13 de abril, 59/2004, de 24 de febrero). El contenido posible de la cuestión de inconstitucionalidad comprende no solo el contenido material de la norma, sino todo

3.5.1. *Iniciativa para el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.*

La proposición de la cuestión de inconstitucionalidad es una facultad que corresponde a todos los órganos jurisdiccionales (de primera, de segunda instancia o de casación), de la que no queda excluido el propio TC⁴⁰. En cambio, no pueden proponerla los órganos administrativos o pseudo-administrativos, como, v.g. el Tribunal de Defensa de la Competencia. Como regla, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en un proceso (sea de declaración o de ejecución, sea ordinario o especial), pero cabe también en todas aquellas actuaciones en las que el Juez ejerce poder decisorio (v.g. medidas cautelares, diligencias preliminares, jurisdicción voluntaria).

La cuestión de inconstitucionalidad puede surgir de oficio en cuanto al Juez se le plantee duda sobre la adecuación a la Constitución del precepto que debe aplicar, incluso aunque ya esté pendiente cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma (STC 248/2000, de 19 de octubre). No es necesario que el Juez tenga la certeza personal de que la norma es inconstitucional: basta la simple duda o indeterminación. Aunque sí debe el Juez exponer las razones de sus dudas de inconstitucionalidad (STC 248/2000, de 19 de octubre).

Las partes también pueden poner de manifiesto al Juez la “duda sobre la constitucionalidad de la Ley” y proponer su planteamiento al Juez. Así, lo prevé el art. 35.1 LOTC. Esta facultad concedida a las partes, incluido el Ministerio Fiscal cuando intervenga, no concede a los litigantes derecho individual alguno en orden al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad⁴¹. Por esa razón, el Juez no queda en modo alguno

aquello que pueda dar lugar a su inconstitucionalidad (v.g. la regulación por leyes ordinarias de materias reservadas a Ley Orgánica): STC 76/2000, de 16 de noviembre.

40. El TC puede plantearse la denominada autocuestión de constitucionalidad al amparo del art. 55.2 LOTC, cuando se estime un recurso de amparo y entienda que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión se sustanciará por el procedimiento previsto en los arts. 37 y ss. LEC.

41. No solo no es reconocible a las partes derecho alguno a que el Juez plantee la inconstitucionalidad, sino que el TC entiende que el Juez ni siquiera tiene obligación de proveer sobre la petición y puede responderla con el silencio; de forma que la parte a quien no se admitió cuestión de constitucionalidad no puede alegar lesión el derecho de defensa, entre otras cosas, porque dispone del recurso de amparo.

vinculado por la petición de parte; y es libre de decidir sobre esa petición como le parezca oportuno (ATC 265/2000, de 14 de noviembre).

La iniciativa de la parte puede producirse en cualquier estado del procedimiento (incluso estando pendiente de apelación o casación, STC 45/1982, 4 de marzo) y puede hacerse por escrito o de forma oral (v.g. en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del verbal), aunque el Juez decidirá sobre su planteamiento cuando el pleito esté concluso y pendiente, únicamente, de sentencia (art. 35 2 LOTC)⁴².

3.5.2. *Planteamiento y sustanciación de la cuestión de inconstitucionalidad.*

Corresponde al órgano jurisdiccional resolver sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, con independencia de que haya sido promovida de oficio o a instancia de parte. A este fin, y antes de proponer la cuestión de inconstitucionalidad, el Juez debe dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común e improrrogable de 10 días, para que aleguen lo que consideren procedente.

El TC se ha pronunciado con relación a la importancia de la audiencia prevista en el art. 35.2 LOTC declarando que es en ese trámite en el que las partes pueden formular alegaciones sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución. Por esa razón, y a fin de dotar de contenido el trámite de audiencia, la providencia que señala y cita a las partes para su celebración deberá especificar los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquellos.

La cuestión de inconstitucionalidad se acordará por auto en el que se hará constar la relación entre la norma cuestionada de inconstitucio-

42. Por lo general, no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad al inicio del proceso, ya que en ese momento procesal será difícil determinar de qué modo la norma sospechosa puede afectar al fallo. Esta doctrina es aplicable a las cuestiones planteadas sobre normas sustantivas penales por los jueces de instrucción, pero también puede extenderse a las cuestiones de inconstitucionalidad que se planteen al inicio del proceso civil.

nalidad y el fallo. Es decir, deben concretarse el precepto legal y constitucional, así como la argumentación en el que se fundamenta, más allá de la simple duda, la sospecha razonable de inconstitucionalidad⁴³. El auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad es irrecurrible (art. 35.2 LOTC) y producirá la suspensión del plazo para dictar sentencia. Pero no produce, por sí misma, efectos suspensivos de los preceptos legales impugnados (STC 183/1992, de 16 de noviembre).

El órgano jurisdiccional elevará al Tribunal Constitucional la cuestión junto con el testimonio de los autos principales y las alegaciones de las partes y del MF si las hubiera (art. 36 LOTC). Recibidos los autos en el TC, sustanciará la cuestión a no ser que, tras Audiencia del Fiscal, entienda: a) Que faltan las condiciones procesales. b) Que la cuestión de inconstitucionalidad suscitada es notoriamente infundada. A este efecto resultará determinante la revisión en trámite de admisión del juicio de relevancia que debe contener el auto en el que se plantea la cuestión.

Admitida la cuestión, el TC dará traslado a los órganos a que se refiere el art. 37 2 LOTC (Congreso, Senado y, en su caso, a los Órganos legislativos de las CCAA), para que formulen alegaciones en el plazo común de 15 días (art. 37 2. LOTC). Finalizado el plazo, el TC dictará sentencia en 15 días, salvo que, por resolución motivada entienda que deben ser treinta (art. 37. 2 LOTC)⁴⁴. Se pondrá fin al procedimiento ante el TC cuando se produzca un cambio o modificación legislativa que afecte a la ley sospechosa de inconstitucionalidad (AATC 154/2004, de 28 de abril y 75/2004, de 9 de marzo).

43. Se trata del denominado “juicio de relevancia”, que ha definido el TC como: “... el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada...” (ATC 172/2004 de 11 de mayo).

44. Admitida a trámite la cuestión de constitucionalidad, queda sometida a la jurisdicción del TC que dictará resolución, sobre la validez de la Ley (art. 38.3 LOTC), vinculante para el órgano judicial. Por tanto, no cabe la solicitud del órgano jurisdiccional para que el TC no se pronuncie, alegando, por ejemplo, un acuerdo no jurisdiccional o la asunción de determinada interpretación doctrinal, que permite una interpretación del precepto impugnado. Es decir, no cabe el desistimiento por parte del tribunal de la cuestión de constitucionalidad planteada. Sin embargo, sí cabe que el procedimiento de constitucionalidad pierda su objeto cuando se extinga el proceso por razones de fondo, por ejemplo en el caso de que las partes lleguen a una transacción judicial o se produzca un desistimiento.

La resolución definitiva puede ser desestimatoria por acogimiento de una causa de inadmisión que no fue apreciada en su momento.

3.6. Prejudicialidad comunitaria.

3.6.1. *Concepto y procedencia.*

La cuestión prejudicial comunitaria es un mecanismo procesal previsto en el art. 234 del Tratado Constitutivo de la Unión (TUE) (versión consolidada tras el Tratado de Ámsterdam) que tiene por finalidad garantizar la interpretación y aplicación del Tratado, así como de la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad, concretamente de los reglamentos comunitarios que son fuente directa de Derecho español, no precisan ser traspuestos y pueden ser invocados directamente por los particulares ante los Jueces y Tribunales españoles, que los aplicarán para resolver los asuntos que se les sometan para su enjuiciamiento⁴⁵.

Puede suceder que el órgano jurisdiccional nacional tenga dudas sobre la interpretación o aplicación de una norma de Derecho comunitario que estime necesaria para emitir el fallo. En ese caso, el Juez nacional propondrá cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en virtud de la competencia que le atribuye el art. 234 TUE⁴⁶, y en tanto que garante de la integridad y vigencia del Tratado y del Derecho Comunitario (art. 220 TUE).

45 Sin embargo, las directivas deben ser traspuestas; pero pueden ser directamente invocadas por los particulares si el Estado es “desobediente” y no lo hace en plazo (STS 18 de marzo de 1995 [RAJ 1964] y STJCE 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing).

46. El Tratado se refiere a órganos jurisdiccionales, por lo que quedan excluidos otro tipo de órganos de carácter administrativo. En cualquier caso, el TJCE en sus sentencias ha valorado en distintas ocasiones los requisitos que debe tener el órgano judicial: “*el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y jurisprudencia*”.

La cuestión prejudicial se planteará conforme con lo previsto en el art. 234 TUE y las reglas y principios establecidos por el TJCE en nota informativa publicada en el OCE de 9 de diciembre de 1996, así como en su propia jurisprudencia:

Como regla general, cualquier órgano jurisdiccional nacional de oficio o a instancia de parte, puede solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación de una norma de derecho comunitario contenida en los Tratados o en una disposición de derecho derivado (reglamentos, directivas), tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez⁴⁷. Es decir, el pleito debe estar pendiente y depender de la resolución de la cuestión del propio procedimiento jurisdiccional. Por esa razón, resulta necesario que la formulación de la cuestión prejudicial se efectúe en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir, siquiera sea de un modo hipotético, el marco fáctico jurídico del problema.

En este punto, el Tratado distingue según el estado del proceso. De modo que si la decisión del órgano jurisdiccional ante el que se plantea la cuestión pone fin al proceso, porque su decisión no sea susceptible de recurso el tribunal: “*estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia*”, a fin de que el TJCE se pronuncie sobre la interpretación del derecho comunitario. Pero, si la decisión del órgano ante el que se solicita el planteamiento de una cuestión prejudicial es susceptible de recurso, la posibilidad de hacerlo o no es discrecional del Tribunal según considere o no necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (art. 234 TUE)⁴⁸.

dencia citada, así como de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577, apartado 33) STJCE 29 de noviembre de 2001, LA LEY JURIS: 2921/2002”.

47. En concreto, pueden ser objeto de cuestión prejudicial los Tratados constitutivos, los actos adoptados por las instituciones de la UE, CE y Banco Central Europeo y los Estatutos de los organismos creados por el Consejo que así lo prevean. Cualesquiera tras cuestiones quedan excluidas (STS 22 de diciembre de 1992 [RAJ 10692]).

48. Una interpretación literal de esa norma conduciría a una suerte de poder de disposición de las partes sobre el proceso. De modo que podrían paralizarlo, sencillamente, solicitando el planteamiento de una cuestión prejudicial, que el órgano

La cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria, pues la interpretación del derecho nacional y la apreciación de su validez no son competencia del Tribunal de Justicia. La aplicación de la norma comunitaria en el caso concreto del que conoce el juez remitente es competencia de este último. Tampoco puede utilizarse la cuestión prejudicial para que el TJCE resuelva cuestiones de hecho o divergencias de opinión sobre la interpretación o aplicación de las normas de derecho nacional. Es por ello que el Juez nacional deberá efectuar un juicio de “relevancia” de la cuestión a fin de determinar la pertinencia o no de someterla al TJCE⁴⁹.

3.6.2. *Procedimiento.*

La decisión de plantear una cuestión prejudicial se adoptará de oficio o a instancia de parte por auto que, con carácter general, producirá la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. Aunque la decisión sobre este extremo corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional interno, con arreglo a su propio derecho.

La resolución de remisión debe motivarse de manera sucinta –pero, se dice, suficientemente completa–, de modo que permita tanto al Tribunal de Justicia como a quienes se ha de notificar (Estados miembros,

jurisdiccional estaría obligado a acoger. Sin embargo, esa no es la interpretación correcta de la norma, sino que no se acogerá la petición y se desestimara el planteamiento de cuestión prejudicial, en los siguientes supuestos: 1º Cuando ya exista jurisprudencia en la materia. 2º Que la interpretación de la norma comunitaria sea tan clara que la duda no exista o resulte injustificada. De este modo, el Tribunal nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al TJCE y resolverla “*bajo su propia responsabilidad*” (STJCE de 6 de octubre de 1982, Caso CILFIT), cuando se trate de lo que viene en denominarse “un acto claro de aplicación del derecho comunitario”, especialmente cuando ya exista una interpretación anterior del propio Tribunal sobre esa cuestión.

49. En España, el TC ha sostenido que la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial no afecta al derecho a la tutela efectiva (STC 111/1993, de 31 mayo).

Comisión y, en su caso, Consejo y Parlamento Europeo) comprender adecuadamente el supuesto de hecho y de derecho del asunto principal⁵⁰. En especial, debe incluir los antecedentes de hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal, los fundamentos de derecho eventualmente aplicables, las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia y, en su caso, las alegaciones de las partes. Además, la resolución de remisión debe ir acompañada de una copia de los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente de las disposiciones nacionales aplicables.

Planteadas la cuestión prejudicial, referida al derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad debe resolverla, ya que, según se ha expuesto, corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, que conocen del litigio y han de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en vista de las características específicas de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia⁵¹. Sin embargo, también cabe, excepcionalmente, que el TJCE aprecie la inadmisión por improcedente de la cuestión planteada.

Hasta que se dicte la sentencia, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantendrá en contacto con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los sucesivos documentos (observaciones escritas, informe para la vista y conclusiones del Abogado General). El Tribunal de Justicia también transmitirá su sentencia al órgano jurisdiccional remitente, encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal –la decisión prejudicial en sí misma carece de eficacia vinculante– y que le envíe, llegado el caso, su decisión definitiva. El procedimiento prejudicial es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas del litigio principal.

50. La resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado.

51. Véanse a este respecto, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, Caso Banchemo; y, especialmente, 15 de diciembre de 1995, Caso Bosman).

CAPÍTULO 9

LA COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

La normas de competencia tienen la finalidad de establecer cuál sea el órgano jurisdiccional dentro de los que forman parte de la jurisdicción civil que va a conocer del pleito y mediante qué procedimiento de entre los que establece la LEC.

La aplicación de los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial requiere, conforme se ha expuesto, de la previa determinación de la competencia internacional y del orden jurisdiccional que debe conocer de la pretensión. En este punto, una vez determinada la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional civil, corresponde resolver las siguientes cuestiones: qué clase de tribunal de entre los que forman parte de este orden jurisdiccional debe conocer del asunto (competencia objetiva); cuál es el ámbito de competencia de ese tribunal respecto al conocimiento de las distintas fases del proceso, la ejecución o los incidentes que puedan producirse en el proceso (competencia funcional); y, finalmente, qué tribunal concreto de entre los de la misma clase debe conocer del asunto (competencia territorial)¹.

1. Dentro del orden jurisdiccional civil existen los siguientes tribunales: Juez de paz (ámbito territorial del municipio); Juez de primera instancia (ámbito territorial del partido judicial); Juez de lo Mercantil (ámbito territorial general de la provincia, aunque puede ser menor o mayor); Audiencia Provincial (ámbito territorial de

Finalmente, corresponde examinar el tratamiento procesal de la jurisdicción y la competencia, para lo que debe distinguirse entre la abstención de oficio por el propio tribunal y la impugnación a instancia de parte.

1. LA COMPETENCIA OBJETIVA (ARTS. 45 A 49 LEC).

Las normas de competencia objetiva sirven para determinar qué tipo o clase de Juez de entre los que tienen Jurisdicción civil debe conocer de un determinado asunto en primera instancia. Estas normas deben tener rango de ley y ser anteriores a la incoación de las actuaciones (art. 44 LEC), tienen naturaleza improrrogable y, por tanto, no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes.

No es misión de las normas de competencia objetiva “distribuir” los asuntos entre los distintos Jueces del país, para que todos conozcan de un número aproximadamente igual de asuntos. Acaso lo contrario: los asuntos se adjudican a Jueces que ostentan diverso rango, conocimientos jurídicos y experiencia dentro de la jerarquía judicial, en función de la naturaleza de los derechos que integran la materia sometida a la consideración judicial (objeto del proceso), o de la importancia (cuantitativa) de los intereses en litigio. Por eso, la competencia objetiva se llama, también, vertical o jerárquica, y las normas que la conceden son inderogables por la voluntad de los particulares (“ius cogens”).

Para determinar la competencia objetiva de los Jueces civiles, las Leyes procesales atienden a dos criterios:

- a) La materia sobre la que versa el litigio (comprensiblemente llamada competencia objetiva por razón de la materia).
- b) La cuantía o valor de lo que el actor solicita en la demanda (llamada competencia objetiva por razón de la cuantía).

Si existe una norma que otorga competencia a un determinado Juez o Tribunal por razón de la materia, excluye completamente la aplica-

la provincia); Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal (ámbito territorial de la Comunidad Autónoma) y Tribunal Supremo, Sala primera (ámbito territorial del Estado) (véase la Lección 2).

ción de una norma de competencia objetiva por razón de la cuantía, pues esta última es regla general solo aplicable en ausencia de una norma de competencia objetiva por razón de la materia.

De ahí que, aunque a veces se olvide y aunque coincidan, el de la materia y el de la cuantía no son criterios alternativos. La norma de competencia por razón de la materia es regla especial que, si existe para un concreto asunto, debe aplicarse con absoluta preferencia a la que correspondiera por razón de la cuantía (que es regla general). O, de otro modo: la existencia de una norma que atribuya competencia objetiva por razón de la materia, excluye por completo la aplicación de la norma de competencia objetiva que por razón de la cuantía pudiera corresponder.

La aplicación de los criterios expuestos resulta un asunto sencillo, tras la aprobación de la LEC 1/2000 que atribuye competencia a los Jueces de primera instancia para conocer de todos los asuntos civiles salvo que por disposición legal expresa no se atribuyan a otros tribunales (art. 45 LEC), lo que sucede en contadas ocasiones. En consecuencia, todos los casos en que las Leyes procesales o materiales atribuyen competencia a los Jueces de la “Jurisdicción ordinaria”, sin especificar (v.g. art. 123 LP) o cuando sus Leyes nada dicen, la competencia se entiende otorgada a los Jueces de Primera Instancia, pues se entiende que en estos Jueces reside la plenitud de Jurisdicción, o si se prefiere, porque se entiende que estos Jueces tienen una competencia “residual” para conocer en primera instancia de los asuntos civiles (art. 85.1 LOPJ).

1.1. La competencia objetiva por razón de la materia. Especialización de Tribunales.

Se produce una atribución de competencia objetiva por razón de la materia cuando una norma procesal otorga directamente a un determinado tipo de Juez o Tribunal el conocimiento en primera instancia de una determinada clase de asuntos (y siempre en razón del tipo de tutela jurídica que el actor solicita en la demanda).

La atribución de competencia objetiva por razón de la materia se realiza de modo específico (caso por caso), y solo se entiende concedida si así lo hace la Ley (la de Enjuiciamiento Civil o cualquier otra, espe-

cialmente la LOPJ), de modo expreso. De ahí, que no resulte posible ofrecer reglas generales sobre competencia por razón de la materia, pero sí lo supuestos concretos previstos en la Ley. A saber:

a) Corresponde al TS conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, que se interpongan frente al Presidente del Gobierno, del Congreso, del Senado, del TS, del CGPJ, y demás personas designadas en el art. 56.2 LOPJ.

b) Compete a los TSJ conocer –en única instancia– de las mismas demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos dirigidas frente al Presidente, miembros del Gobierno de una Comunidad Autónoma y miembros de la Asamblea Legislativa –art. 73.2a) LOPJ–.

El TS interpreta la exigencia de que el hecho que haya dado lugar a la demanda de responsabilidad, efectivamente haya sido cometido en el ejercicio del cargo, pues, en caso contrario, o si existe duda, debe conocer el “juez natural (el de Primera Instancia) lo que, a su vez conlleva la mayor garantía de disponer de una segunda instancia.

c) Conocerán determinados órganos jurisdiccionales (e incluso alguna Sala especial) de las peticiones de recusación de los Presidentes de Sala o de dos o más Magistrados de una Sala (arts. 60, 68 y 77 LOPJ).

d) También por razón de la materia, se atribuye a un concreto tipo de Jueces ciertas actividades procesales que no consisten propiamente en conocer de un asunto en primera instancia. Así, los Jueces de Paz –allí donde existan– tienen competencia objetiva para conocer de los actos de conciliación (que son actividades preprocesales –art. 460 LEC de 1881–²).

e) Por razón de la materia, se atribuye al TS el conocimiento en primera y única instancia de ciertos procesos cuyo objeto lo forman peticiones de tutela de carácter especial. Así, corresponde al TS conocer de los llamados “recursos de revisión”, que son acciones autónomas de impugnación frente a una sentencia firme [art. 509 LEC –salvo los supuestos atribuidos a los TSJ por el art. 73.1.b) LOPJ].

2. La competencia para conocer de la conciliación corresponde a los Secretarios judiciales en el supuesto que celebre ante un Juzgado de primera instancia (art. 460 LEC de 1881, conforme con la reforma de la Ley 13/2009).

La especialización de tribunales no puede incardinarse, en puridad, dentro de la competencia objetiva. Ahora bien, de algún modo supone la atribución en exclusiva a determinados tribunales especializados de ciertos asuntos dentro de un mismo partido judicial. Así está previsto en el art. 46 LEC, que prevé la especialización de los Juzgados de primera instancia, conforme con lo previsto en la LOPJ, que extenderán su competencia exclusiva a determinados asuntos. La atribución de competencia se fundamenta en el art. 98 LOPJ, que establece que el acuerdo de especialización se adoptará por el Consejo General del Poder Judicial, por iniciativa de las Juntas de Jueces, de las Salas de Gobierno o del propio Consejo, con base en una propuesta motivada que contendrá los antecedentes necesarios y un informe sobre la situación y funcionamiento de los órganos judiciales afectados (Véase también el Reglamento 5/95, de actuaciones judiciales). Con base en esta norma se han creado Juzgados especializados (art. 98 LOPJ): Familia; Incapacitaciones; ejecución hipotecaria; Mercantiles (arts. 86.bis y 86.ter LOPJ); o de Violencia sobre la mujer (art. 87.bis LOPJ)³.

1.2. La competencia objetiva en razón de la cuantía. La determinación del tipo de juicio según la cuantía.

El segundo criterio de competencia objetiva aplicable para determinar el Juez competente es el de la cuantía del litigio. Este es un criterio subsidiario que únicamente se aplicará a falta de una norma que otorgue competencia por razón de la materia.

Conforme con el criterio de la cuantía, corresponderá a los Jueces de Paz –allí donde existan– conocer de las demandas cuyo valor no exceda de 90 euros⁴. Pero siempre que se trate de demandas determinadas por

3. Estos juzgados no se diferencian de los de su misma clase, sino que se les atribuye el conocimiento específico en exclusiva de determinados asuntos, a efectos de una mejor organización del trabajo. Así, un juzgado de familia, no deja de ser un Juzgado de primera instancia especializado por acuerdo del CGPJ conforme con lo previsto en los arts. 98 LOPJ y 46 LEC.

4. Conocerá el Juez de Paz siempre que exista, ya que puede suceder que en el municipio de que se trate exista un Juez de primera instancia. En ese caso, conocerá el Juez de primera instancia cualquiera que fuere la cuantía del litigio.

la cuantía y no por la materia (art. 47 LEC). En ese último caso, conocerá siempre el Juez de primera instancia⁵. De los litigios cuya cuantía exceda de 90 euros –incluidos los de cuantía “indeterminada”– conocerán los Jueces de Primera Instancia (art. 45 LEC).

Como regla, cuantía es el valor de lo que el actor pide en la demanda conforme con la causa de pedir. Así, cuando el actor pide directamente una cantidad de dinero, su simple afirmación es suficiente para fijar la cuantía del litigio (251.1 LEC), pues que se deba o no esa cantidad constituye, precisamente, la cuestión de fondo a resolver en la sentencia. La cantidad pedida en la demanda es la que resulte de la suma de las diversas partidas que integran la reclamación y será esa cantidad la que determine la competencia del Juez y la clase de juicio que se vaya a seguir.

Para determinar la cuantía el actor deberá observar las reglas en esta materia que se contienen en los arts. 251 y 252 LEC.

La regla general atiende al supuesto más común que es en el que se reclame una cantidad de dinero (art. 251.1 LEC). Para este caso, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad que vendrá determinada por los pactos, contratos o relaciones jurídicas en las que se basa la petición conforme, claro está, a la interpretación de los mismos hecha por el actor⁶. En el caso de que no se pudiera determinar

5. La Ley establece que determinadas materias deben sustanciarse según una clase determinada de procedimiento. Véase la regulación sobre los procedimientos especiales (arts. 748 a 811 LEC) o los arts. 249 y 250. En esos casos, es la Ley la que establece el procedimiento a seguir, por lo que el criterio de la cuantía carece de aplicación. De modo que el Juez de Paz no podrá conocer de los procedimientos determinados en razón de la materia, sino solo de las demandas que en razón de la cuantía no superen los 90 euros. Véase en este mismo apartado, sobre la elección de la clase de procedimiento.

6. Como se ha dicho, la cuantía de la demanda la fija el actor que es el “*Dominus litis*”. De modo que más allá de lo que resulte de los contratos es, finalmente, el actor el que interpone su demanda reclamando una cantidad determinada que es a la que afirma debe ser condenado el demandado. Si por ejemplo se reclama por vulneración del derecho al honor, está claro que corresponde al actor fijar cuál sea la cuantía concreta a reclamar que puede pedir más o menos en función de su propio criterio. Entre otras cuestiones con base en cuanto valore su propio honor. En cualquier caso, deben tenerse en cuenta dos cuestiones: 1ª que, finalmente, los tribunales concederán la cuantía que corresponda con los hechos que haya acreditado cada parte en el juicio. 2ª que la ley establece el mecanismo procesal de la condena en costas y gastos del juicio a la parte

la cuantía, ni siquiera de forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada⁷.

La cuantía se fijará con relación a la acción ejercitada en la demanda incrementada con las cantidades que se reclamen en concepto de acciones accesorias acumuladas a la principal, como la reclamación de intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios. Pero este criterio no se seguirá en el caso de que se ejerciten acumuladamente varias acciones principales que no provengan de un mismo título. Posibilidad que prevé el art. 71 LEC. En ese supuesto, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor. Idéntico criterio se seguirá para el caso de que las acciones estén acumuladas de forma eventual (art. 252.1 LEC)⁸.

Pero esta regla principal resulta insuficiente en el caso de determinadas reclamaciones respecto a las cuales la Ley establece unas reglas que sirven para determinar la cuantía de litigio según lo que se estuviere reclamando. Estas reglas se contienen en los arts. 251 y 252 LEC. Así, cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, el disfrute del dominio, deslinde, posesión, etc., como regla general se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase (art. 251.1 a 3 LEC). O, por ejemplo, cuando la demanda tenga por objeto una servidumbre, la ley establece varias reglas para determinar la cuantía del litigio y, finalmente, en su defecto el valor de la vigésima parte de los predios dominante y sirviente (art. 252.5 LEC). Finalmente, respecto a los plazos vencidos de una obligación, la cuantía será

que haya perdido el pleito y en caso de empate, por mitad. De modo que puede ser una mala técnica procesal reclamar con exceso, ya que una condena parcial del demandado comportará que no se le condene a pagar las costas del juicio. En resumen, parece de buen criterio reclamar en juicio con base en aquello que se pueda probar descartando peticiones por conceptos que no se pueden probar en juicio por distintas razones.

7. No afectarán a la cuantía de la demanda: – La posible reconvencción del demandado o la cuantía que resulte de una acumulación de autos. – La concurrencia de varios demandantes o de varios demandados en la misma demanda cuando la petición sea la misma para todos ellos. Véase sobre la acumulación de autos (o de procesos), el Cap. 19.3 y sobre la reconvencción, Cap. 20.2, ambos del Vol. II de esta obra.

8. Véase sobre la acumulación de acciones el Cap. 19.1 del Vol. II de esta obra.

la suma de los plazos impagados y reclamados en la demanda, salvo que se pida en la demanda la declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación, en que se estará al valor total de la misma (art. 252.4 LEC).

El actor deberá expresar con claridad, precisión y justificadamente la cuantía de la demanda conforme con las reglas expuestas. Esta será la cuantía del litigio que no se modificará, aunque pudieran hacerlo los bienes objeto del litigio con posterioridad a la interposición de la demanda (arts. 253 y 399 LEC).

Como se ha expuesto, la determinación de la cuantía y/o del procedimiento que se inicia con la demanda es una carga del actor que, en principio, no es controlable de oficio. Así está previsto en el art. 254 LEC que dispone que el tribunal acordará inicialmente seguir la tramitación que haya indicado el actor en su demanda, sin que la pueda inadmitir por entender inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía. Esta regla se fundamenta en el principio dispositivo propio del proceso civil. Sin embargo, la determinación del procedimiento es, finalmente, una cuestión de orden público que el tribunal debe controlar. Es por ello que junto a las normas expuestas con carácter general, la ley prevé que el Secretario Judicial, de oficio, puede darle al asunto la tramitación que le corresponda, sin estar vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda, cuando considere que el tipo de juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia (art. 254.1 y 2 LEC). El tribunal también podrá poner de manifiesto al demandante: – que no se ha expresado la clase de juicio que corresponde; – que la cuantía es incorrecta. En esos dos últimos casos concederá al demandante un plazo de subsanación de diez días, pasados los cuales se archivará definitivamente la demanda (art. 254.4 LEC).

También puede el demandado impugnar la cuantía fijada por el actor cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación⁹. En el juicio ordinario, esta alegación se deberá contener

9. Téngase presente que el recurso de casación procede, entre otros supuestos, frente a las sentencias de segunda instancia que se pronuncien sobre asuntos cuya cuantía sea superior a 150.000 € (art. 477.2.2 LEC). Véase sobre este recurso, el Cap. 29.3 del Volumen II de esta obra.

en la contestación a la demanda y será resuelta en la audiencia previa al juicio. En el juicio verbal, el demandado podrá impugnar la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la vista y el tribunal resolverá la cuestión en el acto, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor (art. 255 LEC)¹⁰.

El criterio de la cuantía también sirve para determinar el tipo procedimental que corresponde a una concreta petición de tutela jurídica. Procedimiento que puede ser el juicio ordinario o el juicio verbal. Se seguirán los trámites del juicio ordinario en las demandas cuyo importe exceda de 3.000 €, o en aquellas que tengan un interés económico indeterminable (art. 249 LEC). Se sustanciará un juicio verbal cuando la cuantía no exceda de 3.000 € (art. 250 LEC).

Pero debe tenerse presente que la determinación del tipo de juicio se produce, en primer término, en razón de la materia sobre la que versa la demanda presentada, y, en segundo término, con carácter subsidiario, por la cuantía (art. 248 LEC).

Los procesos que se siguen en razón de la materia pueden ser ordinarios, especiales o con especialidades. También pueden ser sumarios. Una clasificación y explicación de las clases de procedimientos se contiene en el Cap. 16 del Volumen II de esta obra, a la que nos remitimos. Baste por el momento con decir que la parte debe iniciar el proceso especial u ordinario con especialidades que proceda en razón de la materia, sin que pueda elegir u optar por una u otra clase de juicio. Por ejemplo, si lo que se pretende obtener es la separación o divorcio, deberá iniciarse un proceso especial matrimonial conforme con las normas previstas en los arts. 769 y ss. LEC; o si se pretenden alimentos de quien esté obligado a proporcionarlos, deberá iniciarse un procedimiento con especialidades, concretamente el juicio verbal conforme con el art. 250.1.8 LEC. Únicamente en el caso de no existir un proceso especialmente previsto para la materia, deberá la parte seguir el criterio de la cuantía expuesto que determinará si procede un juicio ordinario o verbal¹¹.

10. Véase, sobre la fijación de la cuantía en la demanda y la impugnación por el demandado, los Caps. 18 y 20 del Volumen II de esta obra.

11. Ahora bien, la LEC regula unos tipos procedimentales especiales que tienen por finalidad proteger el crédito. Estos son procesos especiales que puede utilizar la

Los procesos que se siguen en razón de la materia se relacionan en distintas normas de la Ley. Estas son las siguientes: – Materias que se sustancian por un juicio especial. Se trata de las materias que se sustancian por los procedimientos especiales regulados en el Libro IV de la LEC: capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts. 748 a 781 LEC) y división judicial de patrimonios (arts. 782 a 811 LEC). Si la materia se halla entre las que son objeto de estos procesos, se deberá seguir el cauce previsto en la Ley, con independencia de la cuantía que tenga el litigio. –Materias que se sustancian por un juicio ordinario con especialidades. Si la materia no es ninguna de las expuestas en el punto anterior, debe atenderse a los arts. 249 y 250 LEC que prevén que determinadas materias se sustancien mediante el juicio ordinario o verbal con especialidades¹². En esos supuestos, tampoco se atiende a la cuantía, sino a

parte en lugar del proceso ordinario por la cuantía. Así, en defecto de cauce procesal por la materia que lleve aparejado un proceso especial, el actor puede optar, por iniciar un juicio ordinario, o bien un proceso especial para la protección del crédito, cuando se cumplan los requisitos para iniciar esta clase de procesos. Concretamente, el proceso monitorio (arts. 812 y 818 LEC), o el juicio cambiario (arts. 819 a 827 LEC), que son procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC. Pero, su especialidad no radica en la materia, sino en su finalidad que es la de proteger el crédito, mediante un cauce procesal especial que favorece la reclamación de deudas dinerarias documentadas. Así, por ejemplo, el tenedor de una letra de cambio podrá iniciar, un juicio cambiario (utilizando la fuerza abstracta del título cambiario), o bien un juicio ordinario en razón de la cuantía acompañando a la demanda el título cambiario como medio de acreditar la deuda.

12. El art. 249 LEC establece que se tramitarán por los cauces del juicio ordinario aquellas demandas que traten sobre derechos honoríficos, tutela judicial de los derechos fundamentales, impugnación de acuerdos sociales, condiciones generales de la contratación, arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles (salvo el desahucio por falta de pago o por extinción del plazo), acciones de retracto, o las acciones que la Ley de Propiedad horizontal concede a propietarios y Juntas de propietarios, si no se reclama únicamente una cantidad. Asimismo, aquellas que versen sobre competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad si no tratan exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad. El art. 250 LEC, por su parte, establece que se ajustarán a los trámites del juicio verbal las demandas que traten sobre la tutela de la posesión, la suspensión de obra nueva, la demolición por estado de ruina, la protección de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, la solicitud de alimentos, la rectificación de hechos inexactos y perjudiciales, el incumplimiento en la venta de bienes muebles a plazos, o el

la materia. Sucede, sin embargo, que para estos casos, la ley no regula un proceso especial, sino que establece que se sustancien por un cauce procesal ordinario (sea juicio ordinario o verbal) con las especialidades que sean precisas. Estas especialidades se pueden hallar en la LEC o en las normas específicas que regulan la materia.

2. LA COMPETENCIA FUNCIONAL (ARTS. 61 Y 62 LEC).

Las normas de competencia funcional se aplican una vez determinados el resto de criterios de competencia, que permiten fijar qué Juez debe conocer de un determinado asunto en primera instancia (lo que incluye tanto los criterios de competencia objetiva, como los de competencia territorial). Así, mientras las normas de competencia objetiva sirven para determinar “ab initio” qué Juez debe conocer en un asunto, la competencia funcional designa la competencia para determinadas actuaciones procesales, precisamente, porque conoce ya (o ya ha conocido) un determinado Juez.

La competencia funcional se fija, además, de modo automático: una vez determinado el Juez con competencia objetiva y territorial que debe conocer de un determinado asunto, se sabe ya quien es el Juez o Tribunal que debe conocer de la segunda instancia, o quién será competente para la ejecución de la sentencia, incluso aunque nunca sea necesario utilizar estas normas porque la sentencia de primera instancia no sea recurrida, o no se solicite su ejecución¹³.

Aunque, como regla general, la competencia funcional se determine en razón de la competencia objetiva y territorial de un determinado Juez o Tribunal previamente existente, esto no quiere decir que la competencia

incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio.

13. De este modo, si según las normas de competencia objetiva y territorial resulta competente para conocer de un determinado juicio ordinario el Juez de Primera Instancia de Tudela, por este simple hecho, es competente para las apelaciones que puedan suscitarse la Audiencia Provincial de Navarra, con exclusión de todas las demás (aunque después sea necesario precisar cuál de las Secciones de la Audiencia de Navarra conocerá del recurso).

funcional dependa siempre de la competencia objetiva y territorial previamente fijada, de suerte que la falta de competencia objetiva conlleve siempre la falta de competencia funcional. Es perfectamente posible que un Tribunal actúe dentro de su competencia funcional aunque esta (la competencia funcional), se funde en una competencia meramente aparente; e incluso, que el Juez funcionalmente competente utilice la competencia funcional que posee para declarar la falta de competencia objetiva o territorial del Juez de quien depende su propia competencia funcional¹⁴.

La competencia funcional se regula en los arts. 61 y 62 LEC, aunque también hallamos otras muchas normas que aplican criterios de competencia de esta naturaleza. Por otra parte, los criterios de competencia funcional poseen cierta similitud con las normas de competencia objetiva por razón de la materia, por lo que puede plantearse alguna dificultad para diferenciar claramente qué normas son de esa naturaleza y cuáles de competencia funcional.

Si se utiliza un concepto amplio de competencia funcional –como hacen algunos–, podría incluirse en él todos aquellos casos en que se concede competencia para actuaciones previas al proceso (como los actos de conciliación), o que se producen después de que un proceso haya terminado por sentencia firme (recurso de revisión). Aunque se trate de casos sobre los que no existe completo acuerdo doctrinal, parece más abonado pensar que son supuestos de competencia objetiva, pues la atribución de competencia se realiza de modo directo e inmediato.

En nuestra opinión, en sentido propio, solo son normas de competencia funcional las que atribuyen a determinados Jueces o Tribunales el conocimiento de ciertas materias. A saber:

14. Por ejemplo, supóngase que se interpone ante un Juez de Primera Instancia la excepción procesal de falta de competencia objetiva, que desestima. Posteriormente, una vez recaída sentencia definitiva se apela por causa de la falta de competencia objetiva y la Audiencia (en virtud de su competencia funcional) lo revoca, y afirma que el Juez de Primera Instancia es incompetente. En este caso, la Audiencia ha actuado dentro de los límites de su competencia funcional, aunque esta haya servido solo para negar la competencia objetiva del Juez de primera instancia... de la que depende su propia competencia funcional. De aquí que, en realidad, la competencia funcional no dependa de que exista realmente competencia objetiva, sino de que, de hecho, un determinado Juez haya actuado como si la tuviese, aunque en realidad carezca de ella.

a) El conocimiento de los recursos de carácter devolutivo (apelación, queja, y en su caso, casación), que cabe interponer frente a la resolución dictada en un procedimiento determinado.

Este es, quizá el más genuino campo de aplicación de las normas de competencia funcional. Puesto que nuestro Ordenamiento procesal está construido sobre el principio de la doble instancia, y la posibilidad de apelación independiente de algunas (escasas) resoluciones interlocutorias resulta de extrema importancia poder determinar, con la máxima rapidez y con el máximo automatismo, qué Juez debe conocer de los sucesivos recursos. Determinado el Juez que ha conocido en primera instancia, las normas de competencia funcional fijan el Juez o Tribunal que debe conocer de la segunda instancia y del eventual recurso de casación.

Las normas de competencia funcional para el conocimiento de los recursos devolutivos son sencillas. Frente a las resoluciones de los Jueces de Paz conocerán los de Primera Instancia (art. 455.2.1 LEC), las Audiencias, de los recursos frente a las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia (art. 455.2.2 LEC), y el TS o los Tribunales Superiores de Justicia [si se fundamentase el recurso de casación en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial, propio de la comunidad en los términos previstos en los arts. 73.1a) LOPJ y 478 LEC], frente a las de las Audiencias. Todas las demás normas que otorgan competencia a los Jueces superiores deben entenderse de competencia objetiva y no funcional.

b) La ejecución de la sentencia.

Aun cuando el proceso ordinario de ejecución (de sentencias firmes de condena) sea un proceso autónomo y distinto del declarativo, resulta evidente que existe una conexión funcional entre los dos procesos, que permite la aplicación de una norma de esta naturaleza. Por lo demás, la norma de competencia funcional no puede ser más sencilla: es competente para ejecutar la sentencia aquel Juez que conoció del asunto en primera instancia (arts. 61 y 545 LEC).

c) Los incidentes procesales que puedan suscitarse estando pendiente el proceso en cualquier instancia.

Los incidentes procesales son cuestiones distintas de la que es objeto del proceso principal, pero conectadas con ella (v.g. prejudicialidad,

medidas cautelares, tercerías, etc.). En este punto, la norma atribuye competencia al tribunal que tenga competencia para conocer del proceso principal (art. 61 LEC).

3. COMPETENCIA TERRITORIAL (ARTS. 50 A 60 LEC).

3.1. Naturaleza y fueros de competencia territorial.

Las normas de competencia territorial sirven para fijar el concreto Juez, de entre todos los del mismo “tipo” o “clase” (esto es, con jurisdicción civil y competencia objetiva), que debe conocer de un determinado litigio. La competencia territorial presupone la competencia objetiva del Juez, y por esta razón este criterio supone, en rigor, una cuestión de preferencia (de un Juez sobre otro, ambos de igual rango), y no de exclusividad, para el conocimiento de determinados asuntos, como lo son los demás criterios de competencia.

De ahí que las cuestiones de competencia territorial no afecten al art. 24 CE ni produzcan indefensión y que su infracción no quede incluida en la radical nulidad a que se refiere el art. 238.1 LOPJ, que considera nulos de pleno derecho los actos procesales efectuados ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

La competencia territorial, por tanto, no afecta al oficio de juzgar sino a la distribución territorial del trabajo entre Jueces igualmente competentes, basado en criterios de proximidad con los litigantes (especialmente el demandado) y de conexión territorial con la materia que es objeto del proceso. Es por ello, que las partes puestas de acuerdo pueden decidir someterse a determinado tribunal con competencia objetiva, a salvo de determinadas materias respecto a las que la competencia territorial se determina de forma imperativa.

Los fueros de competencia territorial son los siguientes: 1º Fueros imperativos (arts. 52.1.1 y 52.1.4 a 52.1.15 y 52.2 LEC); 2º Fueros especiales (arts. 52.1.2; 52.1.3; 52.1.16 y 53 LEC); 3º Fuero general del domicilio del demandado (arts. 50 y 51 LEC). A los citados fueros debe añadirse la sumisión expresa, que, en el caso de que exista, se “imponen” sobre los fueros especiales y el general del domicilio del demandado (art. 57 LEC). La sumisión tácita no es, sin embargo, un fuero de

competencia, sino un mecanismo para evitar que surja una cuestión de competencia (art. 56 LEC).

Los fueros de carácter imperativo son de necesaria observancia tanto por las partes como por el tribunal, que podrá examinar de oficio su falta de competencia territorial, únicamente cuando se trate de un fuero imperativo. El resto de fueros son de carácter dispositivo y, por tanto, no precisan ser observados, necesariamente, sino que las partes pueden pactar someterse expresamente a otros tribunales distintos de los fijados por los citados fueros, sin que el tribunal pueda declararse incompetente (art. 59 LEC). Y aun existiendo sumisión expresa, nada impide al demandante infringir ese pacto y demandar ante un tribunal distinto, con la consecuencia de que si el demandado comparece y contesta la demanda habrá quedado fijada, definitivamente, la competencia territorial del Juez elegido por el actor.

En cualquiera de los casos expuestos, en los que el demandante no sigue los fueros legales o el pacto de sumisión expresa, corresponderá al demandado denunciar la falta de competencia del Juez. De modo que si comparece y no impugna la competencia del tribunal haciendo valer su fuero (el que consta en el pacto de sumisión expresa o el propio de su domicilio), quedará sometido a dicho tribunal sin que pueda a posteriori impugnar la falta de competencia territorial.

El funcionamiento de los fueros de competencia territorial puede explicarse a partir del punto de vista del demandante que pretende interponer una demanda. En primer lugar, deberá preguntarse si existe un fuero de competencia imperativo (por ejemplo, que se trate de una acción real). En ese caso, deberá aplicar dicho fuero e interponer la demanda ante el tribunal del lugar indicado por la ley. De no hacerlo así, el Juez podrá inadmitir la demanda y el demandado podrá impugnar la falta de competencia territorial imperativa. Si no existiera fuero imperativo, deberá examinar, sucesivamente, si existe pacto de sumisión expresa o un fuero especial. Y en su defecto, podrá acudir al fuero general del domicilio del demandado. La cuestión estriba en distinguir entre lo que debe hacer y puede hacer el demandante, lo cual no depende más que de una valoración del propio interés. Si lo que pretende el demandante es asegurarse una tramitación del procedimiento formalmente correcta, deberá interponer la demanda conforme con los fueros expresados. De suerte que si no hay sumisión expresa ni fuero especial, deberá demandar en el fuero natural que es el lugar de domicilio del demandado. Ahora bien,

el demandante puede interponer la demanda en un lugar distinto del indicado por la aplicación de los fueros, siempre respetando los fueros imperativos. Esta elección puede fundarse en la estrategia procesal que pretenda seguir el demandante. Por ejemplo, porque entienda que el pacto de sumisión expresa no reúne todos los requisitos legales exigidos, porque no resulta claro cuál sea el domicilio del demandado o, sencillamente, porque así lo crea conveniente. Lo importante es que, a diferencia del caso de los fueros imperativos, el tribunal no podrá de oficio apreciar la falta de competencia, porque entienda que existe, v.g., un pacto de sumisión expresa (aunque conste en autos). Será el demandado a quien corresponda hacer valer su propio fuero impugnando la competencia, con el límite temporal previsto en la ley para interponer la declinatoria, ya que de no hacerlo así, habrá quedado fijada, definitivamente, la competencia territorial.

3.2. Fueros de carácter imperativo.

Como se ha expuesto, la competencia territorial tiene naturaleza básicamente dispositiva. Sin embargo, como excepción, existen muchos casos en los que la competencia territorial se fija de modo inderogable, de forma que la demanda debe interponerse ante el Juez designado por la Ley, que no puede ser cambiado ni siquiera por acuerdo expreso o tácito de los litigantes.

La regulación de fueros de competencia territorial imperativa es una creación relativamente reciente que se introdujo ya en la LEC de 1881 a partir de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1984. Esta tendencia se justificaba por el notable incremento de los asuntos civiles dirimidos ante los juzgados de las principales ciudades en virtud de pactos de sumisión, lo que según la Exposición de Motivos de la citada Ley: *“sobre perjudicar generalmente al contratante más débil, distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes”*. Estas afirmaciones han sido objeto de la crítica doctrinal por entender que no debiera excluirse la aplicación de la sumisión tácita que supone la voluntad en el momento concreto del demandado de someterse a un tribunal determinado.

En la LEC 1/2000 se refuerzan los fueros de competencia territorial imperativa con base en la proximidad del litigio y los intereses en

juego a un lugar determinado. Así sucede, por ejemplo, con los litigios que versen sobre derechos reales o arrendamientos, que se sustanciarán ante el Juez del lugar donde se halle la finca lo que facilitará, entre otras cosas, la ejecución de la sentencia. O, por ejemplo, también será competente el Juez del lugar donde se hubiere producido el daño en el caso de reclamación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor¹⁵.

Los fueros citados, y otros, se contienen en la prolija relación del art. 52 LEC. Aunque no todos los fueros que allí se contienen tienen carácter imperativo, sino solo a los que el art. 54 LEC otorga este carácter. Concretamente, son los fueros expresados en los arts. 52.1.1, 52.1.4 a 15 y 52.2 LEC. Respecto a estos fueros imperativos, se excluye la sumisión expresa o tácita, así como la aplicación de los fueros especiales o el general del domicilio del demandado (art. 54.1 LEC).

Los fueros imperativos previstos en el art. 52 LEC establecen la obligatoriedad de interponer la demanda ante los tribunales de un lugar concreto, con base en el criterio general de la proximidad o cercanía del asunto con el referido lugar previsto en la Ley. Así puede verse en la siguiente relación de supuestos, que no tiene ánimo exhaustivo, contenidos en el art. 52 LEC, que dispone que se interpondrá la demanda ante el tribunal del lugar donde: – se halle el bien inmueble cuando se ejerciten acciones en materia de derechos reales, arrendamientos, desahucio o propiedad horizontal; – el finado tuvo su último domicilio o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante, en los juicios sobre cuestiones hereditarias; – residan las personas a las que se demanda en los juicios relativos a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos; – se halle el domicilio del demandante, en materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales; – se causaron los daños, en los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la cir-

15. El fuero citado se justifica por la proximidad del Juez al lugar del accidente. Ahora bien, puede suceder que todas las personas y cosas que intervengan en el accidente estén vinculadas con un lugar distinto. En ese caso, carecería de sentido que se sustanciara en el lugar del accidente. Por ejemplo, cuando el accidente suceda en una zona turística entre vehículos de personas domiciliadas en Madrid, o Barcelona.

culación de vehículos de motor; – se halle el domicilio social, en materia de impugnación de acuerdos sociales; – se hubiere cometido la infracción de la propiedad intelectual o donde se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante; – el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, su domicilio o lugar de residencia, en los juicios en materia de competencia desleal¹⁶.

3.3. Los fueros de carácter dispositivo: los fueros especiales y el fuero general.

Además de los fueros de carácter imperativo, la ley regula dos fueros legales de carácter dispositivo que son: los fueros especiales y el fuero general. Como ya se ha expuesto, estos fueros, no de aplicación imperativa, ya que pueden ser excepcionadas mediante la sumisión expresa o tácita.

Los fueros especiales se contienen en el art. 52 LEC, en los párrafos excluidos de la relación de los fueros imperativos (arts. 52.1.2 y 3, 52.1.16.2.º); y en el art. 53 LEC. Estos fueros se refieren a demandas sobre: presentación y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos; obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores; cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.

16. En otros supuestos, la atribución imperativa de competencia responde a otros criterios. Estos son los supuestos de: materia de patentes y marcas en los que será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia; En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio, en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión; en las tercerías de dominio o de mejor derecho que se interpongan en relación con un procedimiento administrativo de apremio, será competente el tribunal del domicilio del órgano que acordó el embargo.

También tienen carácter de fuero legal las reglas contenidas en el art. 53 LEC respecto a la competencia territorial en caso de acumulación de acciones y en caso de pluralidad de demandados. Para el primer supuesto, la ley prevé que sea competente el tribunal del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. Para el segundo caso, la ley dispone que cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

El fuero general se regula en los arts. 50 y 51 LEC según se trate de persona física o jurídica. En cualquier caso, la Ley designa al domicilio como fuero general. Aunque la Ley prevé distintas posibilidades que tienen relación con la imposibilidad de hallar un domicilio del demandado o con las distintas posibilidades que brinda el citado concepto con relación a la actividad profesional o empresarial. Para esos supuestos, la ley establece fueros “alternativos” con el fin de facilitar la correcta interposición de la demanda¹⁷.

17. Así, con relación a las personas físicas, la ley dispone que: “*Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC)*”. “*Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor (art. 50.3 LEC)*”. Respecto a las personas físicas y entes sin personalidad la ley dispone que: “*podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC)*”.

“Citado en: *La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Pico i Junoy, Joan) Diario La Ley N° 5568, Año XXIII, 18 de Junio de 2002, Ref. D-162, p. 1879, Tomo 4. Los entes sin personalidad podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad (art. 51.2 LEC)*”.

3.4. Los fueros de carácter dispositivo: la sumisión expresa.

La sumisión expresa puede definirse como un pacto extraprocésal por el que las partes acuerdan someter las discrepancias que pudieran surgir con relación a una relación jurídica a los tribunales de un lugar determinado. En el pacto, que suele contenerse en un contrato, debe especificarse con claridad la circunscripción de los tribunales que hayan de conocer del asunto (art. 55 LEC). Aunque, en el supuesto de existir varios juzgados en el lugar, corresponderá a las normas de reparto fijar, definitivamente, el tribunal competente para conocer del asunto¹⁸ (art. 57 LEC).

Mediante la sumisión expresa, las partes pueden hacer territorialmente competente a un Juez que no lo sería según los criterios legales de atribución de competencia territorial. Es por ello, que los fueros legales tienen carácter dispositivo porque pueden ser excepcionados por el acuerdo de las partes. De modo que los fueros legales, que conceden a un determinado Juez preferencia para conocer de un determinado asunto, solo deben aplicarse en el caso de que los litigantes, de mutuo acuerdo, no hayan decidido otorgar preferencia a cualquier otro Juez que, por ese solo hecho, habrá devenido competente. Siempre, claro está, que las partes designen a un Juez que posea jurisdicción civil, competencia objetiva y competencia territorial imperativa.

Mientras que el Estado muestra vivo interés en que de un cierto litigio conozca un determinado tipo de Juez en función de la importancia del asunto o de la naturaleza de los derechos deducidos en el pleito (competencia objetiva), en tema de competencia territorial —salvo excepciones—, su interés es relativo. Existe, desde luego, un interés genérico en que de cada litigio conozca aquel Juez cuyo territorio tenga mayor conexión con la materia objeto del pleito (el que podría llamarse “Juez natural”), Pero, sobre todo, existe un interés público

18. Es decir, no cabe someterse al Juzgado nº 2 de Pamplona, sino a los Juzgados de primera instancia de Pamplona. Serán las normas de reparto las que, a posteriori, fijen, definitivamente, la atribución de competencia a un tribunal concreto dentro de los que existan en el partido judicial al que se refiere el pacto de sumisión.

en que la competencia territorial quede fijada definitivamente lo antes posible, y cualquiera que sea el Juez al que corresponde, de suerte que el proceso pueda sustanciarse sin que se planteen cuestiones de competencia que entorpezcan su marcha. Es este un interés de distinta naturaleza –aunque no de naturaleza secundaria– que late en toda la regulación de esta materia y que, entre otros, explica la adopción del expedito sistema de la sumisión tácita, que se expone a continuación.

3.5. La sumisión tácita.

La sumisión tácita no puede considerarse un fuero de competencia, sino un mecanismo que evita, precisamente, que aparezca una cuestión de competencia. Como se verá a continuación, la sumisión tácita consiste, en realidad, en la preclusión de la facultad de utilizar con éxito la declinatoria o la inhibitoria.

Efectivamente, la sumisión tácita permite fijar, lo antes posible, el Juez territorialmente competente (igual da quién este resulte ser). De este modo, si, como consecuencia de la conducta procesal de las partes, acaece alguno de los hechos que originan la sumisión tácita –aunque sea sin la voluntad de las partes, o incluso contra su expresa voluntad declarada en el proceso–, no es posible ya impugnar la competencia territorial. Para que la sumisión tácita surta el efecto que le es propio –fijar definitivamente la competencia territorial–, es necesario que se sometan actor y demandado (art. 56 LEC), lo que no significa que los actos que originan la sumisión sean simultáneos en el tiempo. Sin sumisión del actor no es posible la del demandado, pero ambos se someten como consecuencia de determinados actos procesales –distintos para cada uno– calificables “lato sensu” como manifestaciones de voluntad.

Aunque, en realidad, sumisión tácita es, únicamente, la del demandado. La sumisión del actor es, desde luego, necesaria, pero sirve solo para crear la condición para que opere la del demandado. La simple sumisión del actor nada definitivo significa si el demandado discute la competencia territorial del Juez elegido por el actor.

3.5.1. *Sumisión tácita del actor.*

La sumisión tácita del actor —o demandante dice el art. 56.1 LEC— acaece “*por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer la demanda*”¹⁹.

La LEC faculta al actor para elegir el Juez (recuérdese: con competencia objetiva), que le parezca más oportuno. Nada importa que no sea uno de los designados en abstracto por los fueros legales de competencia territorial e incluso que el actor infrinja un pacto anterior de sumisión expresa: la simple presentación de la demanda ante un Juez concreto le otorga “preferencia” para conocer de ese litigio frente a todos los demás Jueces del mismo grado. A no ser, claro está, que el demandado impugne la competencia del Juez elegido por el actor.

3.5.2. *Sumisión tácita del demandado.*

La sumisión tácita del demandado se produce: “*por el hecho de hacer, después de personado en juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria*” (art 56.2 LEC).

Nótese que, sometido tácitamente el actor, el demandado debe extremar su cautela si no quiere encontrarse a su vez sometido. A ese fin, la LEC permite al demandado personarse, pero únicamente para interponer la declinatoria. Cualquier otra actuación, que suponga acatamiento tácito de la competencia del Juez o petición alguna que pueda significar impulso del procedimiento, supondrá su sumisión al tribunal

19. La diferencia entre la interposición de la demanda supone que el actor quede sometido a un tribunal concreto cuando formule cualquier petición que no sea, propiamente, de inicio del proceso. Así, basta para ello con que realice determinadas actuaciones procesales de las que pueda deducirse su intención de someterse. Por ejemplo, solicitud de medidas cautelares, diligencias preliminares o la solicitud de justicia gratuita.

elegido por el actor, siempre claro está, que tenga jurisdicción y competencia objetiva (véase el siguiente epígrafe sobre el tratamiento procesal de la declinatoria).

4. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

4.1. Consideraciones generales.

En cualquier materia de orden procesal, resulta de especial interés atender al tratamiento procesal de las distintas instituciones que componen nuestra disciplina. Con este concepto hacemos referencia al modo en que el tribunal puede examinar y, en su caso apreciar, y las partes impugnar, la falta o exceso en la jurisdicción o competencia del tribunal que está conociendo de un asunto.

Cabe distinguir, por tanto, entre el tratamiento procesal de oficio o a instancia de parte. Aunque debemos tener presente que, conforme con los principios procesales dispositivo y de rogación que rigen el proceso civil, no siempre el tribunal podrá apreciar de oficio una cuestión procesal. Más al contrario, esta será la excepción, que se aplicará respecto a los presupuestos procesales que, por su naturaleza, se consideran de orden público. Concretamente, en esta materia el tribunal podrá apreciar de oficio, en cualquier momento, la falta de jurisdicción y competencia objetiva y funcional. También podrá apreciar de oficio la falta de competencia territorial imperativa, no la de carácter dispositivo (art. 59 LEC), y aun en aquel caso, la ley limita la facultad del tribunal de abstenerse de conocer al momento de admitir la demanda.

La impugnación a instancia de parte de la falta de jurisdicción o competencia, de cualquier clase que sea, se realizará, siempre, mediante declinatoria en la forma que se expone a continuación. La declinatoria se habrá de proponer antes de contestar la demanda, de modo que precluido el plazo para hacerlo, ya no cabe impugnar por esta cuestión. Aunque nada impide que la parte interesada solicite al tribunal que de oficio acoja su propia falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.

4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte de la jurisdicción y competencia: la declinatoria.

La declinatoria es un incidente procesal que tiene por finalidad impugnar la falta de competencia internacional, jurisdicción por razón del objeto, sumisión a arbitraje o competencia de cualquier clase. Se regula en los arts. 63 a 65 LEC.

Están legitimados para la interposición de la declinatoria el demandado, o aquellos que puedan ser parte legítima en el proceso en el juicio promovido y se interpondrá ante el mismo Tribunal que este conociendo del pleito y al que se considera carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, se permite también que se presente ante el Tribunal del domicilio del demandado, que lo remitirá al Tribunal ante el que se hubiese planteado la demanda (art. 63.2 LEC).

Se planteará dentro de los 10 primeros días del plazo para contestar la demanda (juicio ordinario) o los 5 primeros posteriores a la citación para la vista (juicio verbal) por medio de escrito, al que se acompañarán los documentos o principios de prueba en que se funde, junto con las copias (art. 65.1 LEC). Si la declinatoria fuera por falta de competencia territorial, deberá indicarse el tribunal al que se considera territorialmente competente (art. 63.1.2 LEC).

La interposición de la declinatoria suspende el proceso hasta que se resuelva y, en consecuencia, el plazo para contestar la demanda o el cómputo para el día de la vista²⁰.

De la dilación que produce la declinatoria surge la posibilidad de que se produzcan daños o perjuicios tanto respecto a los elementos fácticos como a la futura ejecución de la eventual sentencia condenatoria. Por ejemplo, que el demandado aproveche la coyuntura para destruir fuentes de prueba o malbaratar u ocultar sus bienes. Para evitar estas indeseables consecuencias, la ley prevé que el Tribunal pueda acordar a instancia de parte actuaciones de aseguramiento de la prueba o medi-

20. Por lo tanto, una vez que se resuelva la declinatoria, en el caso de ser desestimatoria, el demandado podrá contestar en los días restantes excluidos los que hubieren transcurrido hasta la interposición de la declinatoria.

das cautelares. Estas pueden consistir en todas aquellas medidas previstas en la LEC (arts. 297, 298, y 721 LEC). A saber, mandatos de hacer o no hacer, embargos o intervención y depósito de bienes. Aunque el demandado podrá impedir que se acuerden esta clase de medidas prestando caución bastante para responder de los daños y perjuicios que se derivarían de la tramitación de una declinatoria sin fundamento (art. 64.2 LEC).

La declinatoria se trasladará al resto de los litigantes por un plazo de 5 días desde la notificación de la declinatoria para que aleguen y aporten lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o competencia del tribunal que estuviere conociendo (art. 65.1 LEC). Si la declinatoria lo fuese por falta de competencia territorial, el actor, al impugnarla, podrá alegar la falta de competencia territorial del Tribunal a favor del cual se pretendiese declinar el asunto.

El Juez decidirá mediante Auto, que se dictará dentro de los 5 días siguientes al traslado conferido, que podrá tener el siguiente contenido (art. 65 LEC): – Si se desestima la declinatoria, el proceso continúa por su tramitación normal (sin perjuicio del derecho de la parte impugnante a recurrir conforme se expone a continuación); – Si se estima la declinatoria, debemos distinguir:

- Si es por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles o por sometimiento de la cuestión a arbitraje: el Tribunal dictará auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.
- Si es por falta de jurisdicción o por falta de competencia objetiva (por entender que el asunto corresponde a otro orden jurisdiccional o por falta de competencia objetiva), el Juez dictará auto absteniéndose de conocer señalando a las partes ante qué órgano deben usar de su derecho (art. 65.4 LEC).

El Juez no está obligado a resolver la declinatoria según lo solicitado por la parte, ya que puede resolver que la jurisdicción corresponde a un orden jurisdiccional distinto al designado por el promotor de la declinatoria. Esto es así por cuanto se trata de la aplicación de normas procesales de “ius cogens” apreciables de oficio. Por su parte, el demandante no está obligado a seguir la indicación del Juez y podrá volver a interponer la demanda ante un tribunal de otro orden jurisdiccional al designado en el auto o del mismo orden jurisdiccional que podría,

eventualmente, admitir la demanda. En cualquiera de los casos, puede suceder que el tribunal al que se dirija el litigante se abstenga de conocer del asunto, con lo que se producirá un conflicto de jurisdicción o cuestión de competencia negativos, que se resolverá conforme con lo previsto en los arts. 38 a 41 y 42 a 50 LOPJ.

- Si es por falta de competencia territorial, el Juez se inhibirá en favor del órgano al que corresponda la competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días (art. 65.5 LEC).

El Juez se inhibirá ante el órgano jurisdiccional señalado en la declinatoria, salvo que considere que debe aplicarse una norma de atribución de competencia territorial imperativa, en cuyo caso se inhibirá ante ese Juez con independencia del Juez designado por el promotor de la declinatoria. Por su parte, el Tribunal al que se remitan las actuaciones ha de estar a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial, por lo que no podrá producirse un conflicto negativo de competencia territorial (art. 60.1 LEC).

Frente a la resolución que resuelve la declinatoria en materia de jurisdicción, sometimiento a arbitraje y competencia objetiva caben los siguientes recursos (arts. 66 y 67 LEC): a) Contra el Auto de abstención cabe recurso de apelación; y b) Contra el Auto por el que se rechace la declinatoria, solo cabe reposición, sin perjuicio de alegar la falta de estos presupuestos procesales al apelar la sentencia definitiva.

Cuando la declinatoria se hubiere fundado en la falta de competencia territorial, no cabe recurso alguno frente al auto que resuelva la cuestión. Aunque, cuando fueren de aplicación normas imperativas, podrá alegarse esta cuestión como motivo del recurso de apelación o extraordinario por infracción procesal que pudieran interponerse frente a la sentencia definitiva que resuelva el asunto sobre el fondo (art. 67 LEC)²¹.

21. Sin embargo, el art. 469.1.1º LEC que prevé los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal no incluye como motivo recurso la alegación de falta de competencia territorial. Ante la discordancia legal, deberá favorecerse el acceso al recurso por este motivo.

4.3. Tratamiento procesal de oficio de la falta de jurisdicción y competencia.

Los Tribunales civiles se abstendrán de conocer de los asuntos que se le sometan en los siguientes supuestos²²:

- Competencia internacional: cuando se trate de un supuesto de inmunidad de jurisdicción o de ejecución, cuando un Convenio internacional establezca la competencia exclusiva de los Tribunales de otro Estado o, en caso de incomparecencia del demandado, si la competencia internacional solo pudiera fundarse en la sumisión tácita (arts. 36. 2 y 38 LEC).
- Jurisdicción por razón del objeto (art. 37 LEC).
- Competencia objetiva (art. 48 LEC):

En estos supuestos, el Juez se abstendrá por auto, previo trámite de audiencia de las partes y el Ministerio Fiscal (arts. 38 y 48.3 LEC). La abstención del Juez puede producirse en cualquier momento, cuando se advierta la falta de jurisdicción o competencia. Así puede suceder en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, en cuyo caso el tribunal de que se trate decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante el tribunal que corresponda.

La nulidad de las actuaciones se decretará con base en los arts. 238.1 LOPJ y 225 LEC que prevén la nulidad de pleno derecho de los actos procesales realizados con falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.

El auto que declare la falta de competencia internacional se limitará a poner de manifiesto esta circunstancia sin hacer mención alguna a los tribunales de otro estado que pudieran ser competentes. No puede ser

22. El tribunal, sin embargo, no puede abstenerse de oficio de conocer de un asunto en razón de sometimiento a arbitraje, ya que esta cuestión debe ponerse de manifiesto por la parte interesada. La razón se halla en el hecho de que todos los ciudadanos tienen derecho a la jurisdicción, sin perjuicio de que puedan pactar, voluntariamente, someter una controversia a arbitraje. De modo que son las partes las que deben poner de manifiesto esta circunstancia, sin que quepa la intervención de oficio del tribunal ante el que se hubiere interpuesto la demanda.

de otro modo, ya que los tribunales españoles pueden apreciar su propia competencia, pero no la que puedan tener los de otro estado, que se registrarán por su propia normativa procesal.

Sin embargo, en el caso de abstenerse por falta de jurisdicción por razón del objeto o competencia objetiva, el tribunal indicará la jurisdicción o tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto. Esto es así, ya que los tribunales están obligados a pronunciarse sobre las peticiones que se les formulen (art. 11.3 LOPJ), sin perjuicio de la abstención en el caso de que el asunto corresponda a otro orden jurisdiccional (o por motivos formales cuando no fueran subsanados). Pero en ese caso, el tribunal está obligado a designar los tribunales que deben conocer de la demanda presentada, lo contrario supondría una denegación del derecho de acceso a los tribunales²³.

– Competencia territorial:

En esta materia debemos distinguir según la competencia territorial venga determinada por normas de derecho dispositivo o imperativo. Cuando se trate de normas de competencia territorial dispositivas, no cabe, en ningún caso, la intervención de oficio del tribunal, sino que corresponde a las partes impugnar la competencia mediante la declinatoria, según se ha expuesto en el apartado anterior (art. 59 LEC).

Si se trata de normas imperativas el Secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda. Si considerase que el Tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente. En el caso en que fuesen de aplicación

23. Esto no quiere decir que la parte interesada esté obligada a seguir la indicación del tribunal. Así, el litigante puede no volver a interponer la demanda; o bien podrá volver a interponerla ante un tribunal del mismo orden jurisdiccional que podría, eventualmente, admitir la demanda. También podrá acudir, por ejemplo, a los tribunales del orden social, en vez de los del orden contencioso designados en el auto de abstención. En cualquiera de los casos puede suceder que el tribunal al que se dirija el litigante se abstenga de conocer del asunto, con lo que se producirá un conflicto de jurisdicción o cuestión de competencia negativos, que se resolverá conforme con lo previsto en los arts. 38 a 41 y 42 a 50 LOPJ.

fueros electivos, el Tribunal estará a lo que manifieste el demandante (art. 58 LEC).

El tribunal designado y considerado territorialmente competente también puede declararse, a su vez, incompetente cuando la decisión de inhibición no se hubiese adoptado con audiencia de todas las partes y se tratase de competencia territorial imperativa²⁴. En este supuesto, se produce un conflicto negativo de competencia territorial, que deberá resolver el Tribunal inmediato superior común, que decidirá por medio de Auto, y sin ulterior recurso, el Tribunal que debe conocer del asunto, ordenando la remisión de los Autos y emplazando a las partes dentro de los 10 días siguientes ante dicho Tribunal (art. 60.2 LEC).

Finalmente, nótese la diferente regulación del tratamiento de oficio de la jurisdicción y competencia objetiva y la competencia territorial. Respecto a la primera, el tribunal puede declararse incompetente en cualquier momento que aprecie la falta de jurisdicción o competencia objetiva. Sin embargo, en el caso de la competencia territorial la ley establece expresamente un momento concreto para examinar esta cuestión, que es al admitir la demanda. La cuestión que se plantea es si el tribunal puede, una vez admitida la demanda, apreciar de oficio su falta de competencia territorial (en el caso de que la parte demandada no hubiere interpuesto declinatoria), o bien si, conforme con la literalidad del precepto, ya no puede hacerlo debiendo continuar con la sustanciación del asunto. De la literalidad de la norma se desprende la imposibilidad de que el tribunal pueda apreciar de oficio su incompetencia una vez admitida la demanda. Ahora bien, la sustanciación de un procedimiento judicial regido por un fuero de competencia territorial imperativo en un lugar distinto al previsto en la Ley puede resultar difícil por no decir imposible. Piénsese, por ejemplo, en los problemas que puede plantear la sustanciación de un procedimiento de desahucio, especialmente con relación a la ejecución de la sentencia. Es por ello

24. Esta posibilidad solo se puede producir en el caso de la apreciación de oficio, ya que cuando se hubiere sustanciado una declinatoria, obviamente, se habrá producido la audiencia de las partes (que debe entenderse como la posibilidad de ser oído). Ahora bien, en el caso de la apreciación de oficio por inadmisión de la demanda, puede producirse la circunstancia de no producirse el emplazamiento del demandado.

que parece procedente que advertida la circunstancia por el tribunal de que se ha admitido la demanda por error, no exista mayor impedimento en oír a las partes y acordar dar traslado de los autos al tribunal competente conforme con lo previsto en el art. 58 LEC

– Competencia funcional:

La competencia funcional no plantea excesivas complicaciones, pues quedará fijada una vez determinados los criterios de competencia anteriores. Así, el Juez que conozca de asunto principal conocerá de los incidentes y el que conozca en primera instancia será competente para la ejecución de la sentencia (art. 61 LEC).

Respecto a los recursos, las normas en esta materia son meridianas, de modo que deberán interponerse ante los tribunales designados en la Ley. No serán admitidos a trámite los recursos que se interpongan ante un Tribunal que carezca de competencia funcional (art. 62.1 LEC). No obstante, si a pesar de lo anterior, se hubiera admitido indebidamente un recurso por tribunal incompetente, dictará auto absteniéndose de conocer previa audiencia de las partes por un plazo común de 10 días. Notificado el Auto, los litigantes dispondrán de un plazo de 5 días para la correcta interposición o anuncio del recurso, que se añadirá al plazo previsto para dichos trámites. Si sobrepasare el tiempo, quedará en firme la resolución de que se trate.

CAPÍTULO 10

REPARTO DE ASUNTOS. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

1. PLURALIDAD DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES IGUALES EN UN MISMO TERRITORIO: REPARTO DE NEGOCIOS (ARTS. 68-70 LEC).

Las normas sobre competencia sirven para determinar la circunscripción territorial o Partido Judicial a cuyos órganos judiciales les corresponde el enjuiciamiento de un determinado asunto. Cuando existiesen varios órganos en un mismo Partido judicial, la definitiva fijación del Juzgado o Tribunal que debe conocer se realizará mediante la distribución de asuntos conforme a normas de reparto, aprobadas por la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta, en su caso, de las Juntas de Jueces –arts. 152.1.1º, 152.2.1º y 167.1 LOPJ–.

Estas normas, de naturaleza gubernativa, tienen por objeto la distribución de los asuntos entre los distintos Juzgados existentes en una misma circunscripción judicial conforme a criterios numéricos y cuantitativos y siempre según criterios de aleatoriedad [arts. 4.a) y 5.a) del Reglamento 4/1995, de los órganos de gobierno y 24. 2 Reglamento 5/1995, de 7 junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales]¹. Se trata de lograr

1. Lo que, en definitiva, debe exigirse a las normas de reparto es la aleatoriedad del reparto, de modo que se impida la elección del Juez competente mediante ningun-

la mayor eficacia y racionalidad en la prestación del servicio de la Administración de Justicia, mediante una distribución equitativa de las cargas competenciales entre los diversos órganos judiciales.

No deben confundirse estas normas de ordenación del trabajo entre los diversos órganos judiciales de una misma circunscripción, con la especialización de determinados Juzgados y Secciones, conforme a lo establecido en los arts. 98.1 LOPJ, 46 LEC y 16 a 23 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio. Mientras las normas de reparto hacen referencia a una distribución aleatoria de “todos” los asuntos, la especialización conlleva la atribución a uno o varios Juzgados o Secciones de las Audiencias Provinciales, con carácter de exclusividad, el conocimiento de determinadas clases de asuntos o las ejecuciones propias del órgano jurisdiccional que se trate. Los presupuestos para su regulación también son diferentes. Mientras las normas de reparto son aprobadas por la Sala de Gobierno, la especialización requiere la aprobación del Consejo General del Poder Judicial y su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El acto material del reparto se realiza bajo la supervisión del Juez Decano, asistido del Secretario, cuando se distribuyan los asuntos entre Juzgados de primera instancia. Esta función corresponderá al Presidente de la Audiencia Provincial, en los órganos colegiados—arts. 160.9, 167. 2 LOPJ, y arts. 26 y 27 del Reglamento 5/1995—. El reparto se realizará dentro de los dos días siguientes a la presentación del escrito o solicitud de incoación de las actuaciones (art. 69 LEC).

Corresponderá al Juez Decano y a los Presidentes de las Audiencias resolver las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan (art. 167.2 LOPJ). Así como adoptar las medidas urgentes necesarias respecto a asuntos no repartidos, cuando de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LEC).

na clase de mecanismo, cálculo o maniobra. Así sucederá cuando el reparto se realiza en virtud de criterios no aleatorios, por ejemplo la adscripción de asuntos según su complejidad o su objeto procesal.

Las partes podrán impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de incoarse las actuaciones, mediante recurso gubernativo que se interpondrá frente a las decisiones de los Secretarios judiciales y que resolverá el Juez Decano si se trata de Juzgados [art. 168.2.a) LOPJ], o el Presidente de la Audiencia Provincial, si fueren secciones de la Audiencia Provincial. No se prevé recurso alguno frente a la resolución del recurso, pero el art. 68.4 LEC establece que serán nulas las resoluciones dictadas por tribunales distintos a los que correspondiere conforme a las normas de reparto, siempre que la nulidad se haya instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte tuvo conocimiento de la infracción mediante el correspondiente recurso gubernativo. La petición de nulidad se producirá, conforme a las normas de la LOPJ, mediante los recursos previstos en la ley y los demás medios que establecen las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ).

2. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Tal y como ha sido señalado en el epígrafe dedicado a los derechos del justiciable, la predeterminación por Ley del Juez ordinario es un derecho fundamental de los ciudadanos, reconocido en el art. 24.2 CE, que se garantiza mediante criterios generales preexistentes de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o Tribunal llamado a conocer cada caso concreto. Con ello se garantiza la inexistencia de Jueces nombrados “ad hoc” y que el Juez que resulte nombrado con arreglo a una norma preexistente al caso litigioso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones de un órgano gubernativo. A su vez, este derecho se combina con el derecho a un juez imparcial con vistas a ofrecer al justiciable los elementos necesarios que aseguren un juicio justo. El órgano judicial debe encontrarse en una posición de ajeneidad e independencia con relación al caso concreto.

Este derecho a un Juez neutral, imparcial y desvinculado del objeto del litigio queda garantizado, en un primer término, por los criterios de competencia judicial. Sin embargo, no son suficientes, ya

que pueden existir vicios objetivos o subjetivos que condicionen la neutralidad del Juez. Para superar estos, aparecen las instituciones procesales de la abstención y de la recusación, que se definen como aquellas que sirven para determinar la concreta idoneidad de un Juez en relación con un asunto concreto. Esta idoneidad se funda en la imparcialidad del Juez, que deberá medirse no solo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

A este respecto, la doctrina del TEDH distingue entre imparcialidad subjetiva y objetiva. La primera tiene su fundamento en la existencia de vínculos personales, parentesco, enemistad, entre el Juez y las partes que intervienen en el proceso. La imparcialidad objetiva radica en averiguar si, con independencia de la conducta personal del Juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. De lo expuesto se deduce que de los derechos constitucionales de defensa y al Juez ordinario predeterminado por la ley, surge la obligación de abstenerse, o bien el derecho a recusar a aquellos Jueces en quienes se estime la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas que les prive de su presunta imparcialidad.

La abstención consiste en un acto procesal de un órgano jurisdiccional por el que se aparta espontánea y voluntariamente del conocimiento de un asunto litigioso por entender que carece, o así puede parecerlo, de las condiciones necesarias —neutralidad, imparcialidad, ecuanimidad, desinterés objetivo— para actuar correctamente.

La recusación supone un acto procesal de parte, por el que se rechaza al órgano competente, por concurrir en el mismo alguna de las causas taxativamente enumeradas en la Ley, que pueden afectar a su imparcialidad. La “ratio essendi” de esta institución estriba en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidas de la condición humana del Juez, que induzcan a pensar que no actuará con la serenidad, ponderación, rectitud, e imparcialidad debidas. Así pues, se trata de un mecanismo procesal creado para desplazar del conocimiento de un proceso a aquellos Jueces en quienes concurren algunas de las causas legalmente previstas. Estas causas serán las únicas que podrán incapacitar subjetivamente a un Juez para conocer de un determinado asunto, al convertirlo en “iudex suspectus”.

La recusación se refiere, principalmente, a los Jueces y Magistrados, que según establece el art. 217 LOPJ deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal. Sin embargo, el deber de abstención y la posibilidad legal de recusar no solo se predica de Jueces y Magistrados, sino, también, de otro personal al servicio de la Administración de Justicia, como los Secretarios Judiciales, Médicos forenses, y peritos².

El Ministerio Fiscal no podrá ser recusado (art. 28 EMF, aprobado por Ley 50/81, de 30 diciembre). Pero la imparcialidad es un principio orientador de su actuación (art. 7 EMF), debiendo realizar su actividad con plena objetividad en la defensa de los intereses que le están encomendados. Por tanto, se abstendrán de intervenir en las causas cuando les afecten alguna de las causas de recusación establecidas para los Jueces y Magistrados en la LOPJ; previniéndose para el caso de que

2. Respecto a los secretarios judiciales, la recusación se producirá a instancia de parte y se sustanciará conforme con las normas previstas para jueces y magistrados con las siguientes excepciones: a) Los secretarios judiciales no podrán ser recusados durante la práctica de cualquier diligencia o actuación de que estuvieren encargados. b) La pieza de recusación se instruirá y resolverá por los mismos jueces o magistrados competentes para conocer de la abstención. c) Presentado el escrito de recusación, el secretario judicial recusado informará detalladamente por escrito si reconoce o no como cierta y legítima la causa alegada. d) Cuando el recusado reconozca como cierta la causa de la recusación, el tribunal dictará auto, sin más trámites y sin ulterior recurso, teniéndolo por recusado, si estima que la causa es legal. Si estima que la causa no es de las tipificadas en la ley, declarará no haber lugar a la recusación. Contra este auto no se dará recurso alguno. Cuando el recusado niegue la certeza de la causa alegada como fundamento de la recusación, se procederá conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 225 de la LOPJ. e) El secretario judicial recusado, desde el momento en que sea presentado el escrito de recusación, será reemplazado por su sustituto legal.

Los peritos también pueden ser recusados por las partes, por alguna de las causas o motivos previstos en el art. 124 LEC (y 468 LECrim). Se planteará por escrito dirigido al órgano jurisdiccional, antes de la iniciación de la diligencia pericial (véase sobre esta cuestión, la Lección 23 sobre la prueba pericial).

Finalmente, los Oficiales, Auxiliares y Agentes están obligados a poner en conocimiento del Juez o Presidente las causas que en ellos concurran y que puedan justificar su abstención, adoptándose, de oficio o a instancia de parte, las medidas necesarias para garantizar su imparcialidad (arts. 499 y 497 LOPJ).

no lo hicieren, la posibilidad de la parte de acudir en queja al superior jerárquico, quien resolverá de plano sin ulterior recurso.

Las causas de abstención y, en su caso, de recusación, se establecen en el art. 219 LOPJ. Se trata de una enumeración taxativa, con carácter de “*numerus clausus*”. Se da prioridad a la abstención frente a la recusación. Solamente tendrá lugar esta última cuando la persona en la que concurra alguna de aquellas causas no se abstenga voluntariamente. Los Tribunales han sido siempre muy rígidos a la hora de interpretar las causas de abstención y de recusación. Normalmente, se ha adoptado un criterio restrictivo para evitar una fácil tendencia proclive a la recusación, aunque no falta alguna sentencia que entiende que debe conceptuarse como causa de recusación toda aquella que pudiera racionalmente estimarse comprendida en alguna de las expresadas en la Ley.

Las causas enumeradas en el art. 219 LOPJ son las siguientes:

1ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

No se exige que el vínculo matrimonial o la relación de parentesco sean actuales. En consecuencia, podrá alegarse como causa de recusación la existencia de un matrimonio anterior.

2ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervenga en el pleito o causa³.

3ª Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de estas.

3. Los Estatutos de la abogacía y de los procuradores establecen la incompatibilidad que tienen los Abogados –art. 29.1 del Estatuto General de la Abogacía, de 24 de julio de 1982–, y los Procuradores –art. 8.6 del Estatuto General de los Procuradores, de 30 de julio de 1982– para intervenir en asuntos en que deban conocer como Jueces sus parientes. Por su parte, el art. 393 LOPJ prohíbe el desempeño del cargo de Juez o Magistrado en las Salas o Tribunales donde ejerzan habitualmente como abogado o Procurador su cónyuge o pariente hasta el segundo grado, con las excepciones que allí se prevén.

4ª Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

En este apartado se incluye también el supuesto en que, iniciado un proceso penal frente a un tercero, resultase posteriormente implicado el Juez, objeto de recusación, siempre que el recusante se hubiese constituido en acusador. También puede interpretarse que, dentro del concepto genérico de responsabilidad que utiliza el Legislador, quede incluida no solo la de carácter penal, sino además la de carácter civil. No cabe duda de que, en este último supuesto, la imparcialidad del Juez afectado podría perfectamente ser objeto de sospecha. La denuncia, la querrela o la implicación del Juez afectado deberá ser siempre anterior al inicio del incidente de recusación por el recusante. Ahora bien, cabe la posibilidad de que el hecho que motive la denuncia sea posterior al inicio del pleito⁴.

5ª Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

Esta causa es complementaria de la anterior. Se ha introducido por LO 19/2003 con la misma prevención de la causa anterior, respecto a la necesidad de que el expediente iniciado hubiere dado lugar a una sanción.

6ª Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.

4. Ello puede suceder con algo tan sencillo como un simple accidente de tráfico con lesiones susceptibles de constituir una falta. En ese caso, interpuesta denuncia existiría causa de recusación. Aunque, en general, la regla debe ser que la denuncia sea anterior, extremándose el rigor para apreciar la causa de recusación, en caso de que no fuera así, para evitar denuncias infundadas con el único objeto de apartar al Juez de la causa. A este objeto, en la reforma de la LOPJ por LO 19/2003 se ha añadido la prevención referida a que se hubiere iniciado, efectivamente, un procedimiento penal y que este no hubiere finalizado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. De otro modo, una simple denuncia o querrela, posteriormente desestimada o inadmitida daría lugar a una recusación.

Dentro del concepto de representante de las partes se incluye tanto la actuación del Procurador, como representante técnico procesal, como la actuación de un representante legal o voluntario. De lo contrario se habría referido el precepto exclusivamente al Procurador, como ocurre en la causa segunda⁵.

7ª Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

Según diversas sentencias del TS, el inicio de un proceso penal de oficio por el Juez –supuesto de que un Juez presenciase la comisión de un delito– no convierte al instructor en un denunciante. Entiende, también, el Alto Tribunal que el inicio de las diligencias previas por un Juez por desacato a su autoridad no lo convierte en acusador o denunciante, ya que, en estos casos, aquellos se limitan a cumplir con su deber.

8ª Tener pleito pendiente con alguna de estas.

Dentro de este apartado deben incluirse no sólo los supuestos en que el Juez recusado tenga un pleito pendiente contra alguna de las partes, sino también aquellos en que el Juez litigue en otro pleito juntamente con una de las partes. Será indistinto para la alegación de esta causa el que se trate de personas físicas o jurídicas. Bastará que exista un nexo de unión con alguna de estas para que pueda prosperar la recusación.

9ª Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes⁶.

5. Respecto a la emisión de dictámenes, pueden darse en la práctica supuestos en los que un Juez o Magistrado, que haya accedido a la carrera judicial mediante el tercer o cuarto turno, hubiera emitido dictámenes por encargo de alguna de las partes procesales, con anterioridad a su acceso. En tales casos, al haber habido esta prestación de servicios, o una determinada vinculación económica, aparece la sospecha sobre la debida imparcialidad del Juzgador, por lo que será susceptible de recusación. Distinto sería el caso en que un Juez hubiese investigado una materia jurídica determinada y publicado sus estudios y conclusiones sobre la misma. La intervención de este Juez en un pleito que verse sobre aquella misma materia no podrá ser objeto de recusación. Ello se deberá a que el estudio profundo de una materia no implica, en absoluto, una posible parcialidad de su autor. De no ser ello así, cualquier Juez especialista en una determinada materia, sobre la que hubiera publicado sus trabajos, quedaría invalidado para fallar sobre asuntos relacionados con aquella.

6. Estas personas serán las referidas en el art. 218 LOPJ, incluyendo al Ministerio Fiscal –art. 218 LOPJ–. Con esta opción legislativa, ha quedado vedada la ex-

La amistad íntima no debe identificarse con la cortesía o con un simple afecto personal⁷. Tampoco puede presumirse, a falta de otras pruebas más decisivas, de la simple circunstancia de haber dictado el Juez recusado determinadas resoluciones favorables a una de las partes. Los parámetros para medir la amistad íntima deben fundarse en los criterios, de carácter social, existentes sobre el concepto de amistad, que pueden venir dados por el trato social, continuo y relaciones mutuas entre las partes. Se trata, en todo caso, de un concepto hartamente lacónico y de difícil interpretación por carecer de otras especificaciones legales.

Con relación a la enemistad manifiesta, se exigen los siguientes requisitos: a) Que sea personal o nacida en la esfera emocional hasta crear una suerte de incompatibilidad u hostilidad de persona a persona, aunque los motivos de la misma pueden ser exógenos y ajenos al respectivo carácter, pero sin necesidad de que sean irreconciliables, bastando que sea grave y verosímil en su especie; b) Que sea manifiesta o que se haga extensible por hechos externos⁸; c) Que tenga carácter extraprocésal, ya

tensión de esta causa a los Abogados y Procuradores. Este criterio ha quedado refrendado con la modificación de la redacción de la norma por LO 19/2003 que antes se refería a la amistad o enemistad del Juez respecto a los indicados en el art. 218 LOPJ, mientras que ahora la norma delimita la causa estrictamente a las partes.

7. No debe considerarse amistad recusable *“el estrechar la mano del querellado, acompañarle, mandarle sentar cuando el querellante ya lo había hecho, darle el original de la querrela y permitirle redactar su declaración contra lo acostumbrado, actos estos últimos reclamables dentro del proceso”*, según expresa la STS 17 de enero de 1964 (RAJ 248). Tampoco debe considerarse amistad recusable *“el hecho meramente causal de sentarse a comer en una misma mesa de un hotel o fonda un procesado, su defensor y el Juez que conoce la causa”*, o *“los saludos que se cruzaron el defensor y el Juez por este motivo”*, según afirma la STS 19 de noviembre de 1983 (RAJ 5666). La STS 9 de junio de 1980 (RAJ 2570) añade que no es lícito presumir, a falta de otras pruebas más decisivas, la amistad de la simple circunstancia de haber sido adversos para él, y favorables para la otra parte, dos resoluciones dictadas por el Juez recusado”.

8. Pero no cabe invocar relaciones entre personas por su pertinencia a partidos políticos, creencias religiosas opuestas, corporaciones en conflicto, incluso a familias enfrentadas, mientras las relaciones, objeto de recusación, no se hayan traducido en actos recíprocos de los individuos que las forman. El TC ha señalado que en el sistema de valores instaurados en la Constitución –art. 16–, la ideología es una cuestión privada e íntima, dotada de la más amplia libertad. En consecuencia, la enemistad

que una presunta actuación del Juez de carácter parcial debe remediarse por medio de los pertinentes recursos⁹. Dentro de este concepto cabe tanto el odio, la antipatía como la animadversión que el Juzgador sienta respecto de alguna de las partes. No bastan, por sí solas, las resoluciones adversas para deducir de ellas la aversión o el odio del Juzgador, ni para inferir que este detesta y abomina de uno de los contendientes. Sin embargo, la existencia de resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas pueden también evidenciar por sí solas aquella animosidad intraprocesal que aconsejen sustituir al Juzgador.

10^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa¹⁰.

La Jurisprudencia ha interpretado que este interés debe tener siempre carácter personal, bien individual, bien como miembro de una sociedad mercantil, sin que pueda incluirse dentro de este motivo un interés por razones ideológicas o de carácter abstracto¹¹. Este interés no puede derivarse de deducciones sobre las resoluciones judiciales dictadas por un Juez, sino que deberá acreditarse basándose en la existencia de un estado anímico que influya en una solución parcial del proceso que afecte a la persona o bienes del recusado. Se exige que este interés

ideológica no puede constituir una causa de recusación por quedar la ideología sustraída al control de los poderes públicos.

9. La enemistad manifiesta debe acreditarse, según criterio jurisprudencial reiterado, con medios ciertos, seguros y concretos, y con fundamento en determinadas relaciones extraprocesales. En ningún caso, la recusación podrá apoyarse en resoluciones extraprocesales. Tampoco en resoluciones judiciales presuntamente injustas, ya que estas podrían dar lugar, por vía de recursos, a otras y distintas pretensiones judiciales, pero nunca a la recusación de quien las dictara.

10. La reforma por la LO 19/2003 suprimió la referencia al interés que el Juez pudiera tener en otro pleito semejante, que se contenía en su anterior redacción y que resultaba necesaria. En este sentido, no cabe duda de que la imparcialidad de un Juez puede resentirse cuando juzgue sobre un asunto en el que una de las partes sostenga intereses coincidentes con los que el juzgador tenga con relación a otro pleito semejante (bien como acreedor o deudor, fiador, prestatario, etc.).

11. Aunque algunos autores entienden que deberían incluirse también dentro de este apartado las manifestaciones hechas por el Juez o Magistrado con relación a un asunto sometido a su decisión, en las que dejara entrever claramente su criterio sobre el mismo al inicio del proceso.

sea actual; es decir, que tenga carácter circunstancial y temporal al momento de ejercitarse la recusación. Frente a esta contemporaneidad del interés con la tramitación del proceso, existe otro grupo de motivos o causas de recusación que no precisan de esta actualidad –son las que se inician con la expresión “ser o haber sido”–, ya que una vez ha ocurrido pueden dejar efectos psíquicos duraderos en el juzgador que pueden impedir su imparcialidad.

11ª Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

Se trata de una causa objetiva que, en la práctica, sucede con alguna frecuencia. No será alegable en fase de instrucción, ya que la imparcialidad solo puede verse afectada por el órgano que vaya a decidir (STC 32/94, de 31 enero). Por otro lado, no toda actividad del Juez instructor compromete su imparcialidad (p. ej., los actos de ordenación procesal). Solo aquella actividad que requiera una valoración de los hechos, o bien suponga la adopción de medidas cautelares, o el interrogatorio del acusado, entre otras. Habrá que analizar cada acto, sin que proceda una declaración genérica sobre esta materia

La causa referida a haber resuelto en anterior instancia se fundamenta en los prejuicios que pueda haber adquirido el Juez que falló la primera instancia sobre el objeto del proceso. Al determinar su exclusión se garantiza el verdadero fin de los recursos y la doble instancia penal.

12ª Ser o haber sido una de las partes subordinado del Juez que deba resolver la contienda litigiosa.

La redacción originaria de la LOPJ únicamente preveía la subordinación al momento del pleito. De ese modo, tal situación solo podrá producirse con relación al personal que preste sus servicios ante el órgano jurisdiccional del que el recusado sea titular. Sin embargo, la redacción vigente, introducida por LO 19/2003, también prevé la situación de subordinación pasada, de modo que esta causa se extiende también a situaciones en las que el Juez hubiere sido el superior de la parte, por ejemplo en el ámbito de la abogacía, la universidad u otras desde las que se puede acceder a la función judicial.

13ª Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente

tamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.

Esta causa se relaciona con la prevista en el nº 16 del art. 219 LOPJ con la diferencia del mayor alcance objetivo de la que aquí se regula por referirse también al ejercicio, por el Juez, de profesión con ocasión de la cual haya podido participar en el asunto objeto del pleito. Aunque para esta causa se exige una participación, directa o indirecta, en el asunto, mientras que en la causa prevista en el nº 16 cabe la recusación por la mera circunstancia de haber podido formar criterio respecto del objeto del litigio.

14ª En los procesos en que sea parte la Administración Pública, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 13ª y 15ª.

La causa ha sido introducida por LO 19/2003 como una concreción de las anteriores para el supuesto en el que existiera una relación del Juez con el funcionario u autoridad que hubiere dictado el acto objeto del juicio.

15ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso¹².

16ª Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

Esta causa tiene por finalidad apartar de la causa a los Jueces respecto de asuntos de los que han conocido con ocasión de haber ocupado cargo público o administrativo. Así puede suceder cuando se produzca el reingreso en la carrera judicial de un Juez que hubiere ocupado cargo de aquella naturaleza. Se introdujo por LO 5/1997, de 4 de diciembre,

12. Se introdujo por LO 19/2003 para atender al supuesto concreto de existir relación entre el Juez o Magistrado que conoce del recurso y el que conoció de la resolución o de cualquier fase anterior.

con el objeto de reforzar la protección de los valores de la Administración de Justicia y evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicarlos o dejarlos en entredicho ante la opinión pública, con ocasión del acceso a cargos públicos.

2.1. De la Abstención del Juez o Magistrado.

El Juez se abstendrá del conocimiento de un asunto, sin esperar a que se le recuse, cuando concurra alguna de las causas establecidas legalmente (art. 217 LOPJ). La tramitación de una abstención se ajustará a lo prevenido en los arts. 221, 222 LOPJ y 102 LEC. Conforme con esta regulación, el magistrado o juez en quien concurra causa legalmente prevista comunicarán la abstención por escrito motivado en el que se expresará la existencia de la causa. Este escrito se dirigirá a la Sección o Sala de la que forme parte o al órgano judicial al que corresponda la competencia funcional para conocer de los recursos contra las sentencias que el juez dicte, que resolverá sobre la abstención en el plazo de 10 días. El proceso quedará suspendido hasta que se resuelva sobre ella o transcurra el plazo previsto para su resolución. En todo caso, la suspensión del proceso terminará cuando el sustituto reciba las actuaciones o se integre en la Sala o Sección a que pertenecía el abstenido.

Si el órgano competente no estimare justificada la abstención, ordenará al juez o magistrado que continúe el conocimiento del asunto, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer la recusación. Recibida la orden, el juez o magistrado dictará la providencia poniendo fin a la suspensión del proceso. Si se estimare justificada, el abstenido dictará auto apartándose definitivamente del asunto y ordenará remitir las actuaciones al que deba sustituirle. Cuando el que se abstenga forme parte de un órgano colegiado, el auto lo dictará la Sala o Sección a que aquel pertenezca. El auto que se pronuncie sobre la abstención no será susceptible de recurso alguno.

2.2. De la recusación a instancia de parte.

La recusación deberá ser propuesta tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde –arts. 107 LEC, 223.1º LOPJ

y 56 LECrim—. En caso contrario, no se admitirá a trámite. Concretamente, el art. 223 LOPJ especifica que no se admitirán a trámite las recusaciones: 1º) Cuando no se propongan en los diez días siguientes al de la notificación de la resolución en la que se identifique el Juez o Magistrado que deba conocer de cualquier fase del proceso, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél¹³. 2º) Cuando se propusieren iniciado ya el proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga. En consecuencia, no puede reservarse la recusación para un momento posterior. En caso contrario, procederá la inadmisión.

Para el correcto funcionamiento de la institución, resulta necesario que las partes conozcan la composición de la Sección o Sala que va a enjuiciar una determinada causa, de forma que las partes puedan determinar la existencia de alguna de las causas de recusación previstas en el art. 219 LOPJ. A este efecto, el Tribunal deberá notificar a las partes su composición, así como los cambios que pudieran producirse. Concretamente, con relación a los cambios de las secciones de tribunales colegiados, resulta frecuente que estos se produzcan sin tiempo hábil para su notificación. En ese caso, se anunciará la modificación al inicio de la vista, conforme con el art. 190 LEC, al que se remite el art. 226.2 LOPJ, sin que la omisión de la notificación del cambio produzca necesariamente la vulneración de derecho fundamental alguno, a no ser que se acredite el perjuicio efectivo producido.

En el caso de modificación de la composición de la Sala, la parte podrá recusar al Magistrado que se hubiere incorporado al tribunal, no al resto, que ya constaba en la notificación del señalamiento, que hubieron de plantearse en el plazo de diez días previsto en el art. 223.1.1 LOPJ (art. 190 LEC). La recusación se podrá formular verbalmente, y suspenderá el juicio, con expresión sucinta de la causa o causas y deberá formalizarse por escrito en el plazo de tres días, durante los cuales podrá formularse la recusación si, en el acto del juicio, no se conociese

13. El art. 107 LEC no establece un plazo concreto, sino que prevé que se inadmitirán las recusaciones: “Cuando no se propongan al inicio del proceso si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquel”.

la causa que concurra¹⁴. Si así no se hiciere dentro de dicho plazo, no será admitida y se impondrá al recusante una multa de hasta 600 euros, condenándole, además, al pago de las costas ocasionadas con la suspensión. En la misma resolución se hará el nuevo señalamiento para la vista lo antes posible. La recusación se tramitará conforme con lo dispuesto en la LOPJ, haciéndose el nuevo señalamiento una vez resuelta la recusación.

Las normas especiales sobre recusación de los arts. 190 a 192 LEC establecen, a contrario, la prohibición de recusar en el acto de la vista al Juez o Magistrado que constase en señalamiento del juicio o vista. En este sentido, véase que el art. 190 LEC únicamente permite recusar en el acto de la vista al Juez o Magistrado sustituto, no a los que ya constaba en el señalamiento que integraban el tribunal.

La sustanciación de una recusación se regula en los arts. 223 y ss. LOPJ y 107 y ss. LEC. Se propondrá por escrito firmado por abogado y por procurador si intervinieran en el pleito, y por el recusante, o por alguien a su ruego, si no supiera firmar. En todo caso, el procurador deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate. En el caso que no interviniera procurador y abogado, el recusante habrá de ratificar la recusación ante el secretario del tribunal de que se trate.

Formulada la recusación, se dará traslado a las partes personadas para que, en tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta. También podrán formular nueva causa de recusación. Si no lo hicieren en ese momento, no podrán hacerlo con posterioridad, salvo que acredite cumplidamente el desconocimiento de la nueva causa de recusación. Por su parte, el recusado habrá de pronunciarse, al día hábil siguiente del plazo de tres días otorgado a las partes, sobre si admite o no la causa de recusación (arts. 223.3 LOPJ y 107.3 LEC). Dentro del citado plazo, o el siguiente hábil, pasará la causa al conocimiento del sustituto. Si el Juez admite la causa de recusación, el incidente se resolverá sin más trámite (arts. 225.3 LOPJ y

14. La Ley prevé un plazo de garantía de tres días posterior a la celebración del juicio o la vista durante el cual se podrá recusar al Juez o Magistrado sustitutos. A este efecto, el tribunal dejará transcurrir esos tres días antes de dictar sentencia o deliberar la sentencia (art. 191 LEC).

109.3 LEC). En caso contrario, se remitirá el incidente, con todos los documentos presentados, al órgano competente para su instrucción, que será el previsto en los arts. 224 LOPJ y 108 LEC según el cargo jurisdiccional que ocupe el recusado. El órgano instructor podrá inadmitir la recusación propuesta. Si la admite ordenará la práctica de la prueba solicitada, y la que estime necesaria y tras oír al Ministerio Fiscal remitirá lo actuado al órgano competente competente, previsto en los arts. 227 LOPJ y 110 LEC, para que decida lo procedente por medio de auto (art. 225.3 LOPJ).

Si la resolución es desestimatoria, se condenará en costas al recusante. En el caso de apreciarse la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a este de una multa de 180 a 6000 euros. El auto que estime la recusación apartará definitivamente de la causa al recusado y continuará conociendo el sustituto (art. 228 en relación con los arts. 207 y ss. LOPJ y 112.1 LEC). Contra el auto resolutorio no se dará recurso alguno, sin perjuicio de poderse alegar su nulidad al recurrir la sentencia definitiva, de acuerdo con lo establecido en los arts. 228.3 y 238 LOPJ, y 113 LEC.

2.3. Especialidades de la recusación en el juicio verbal.

El juicio verbal se caracteriza por la concentración de trámites a fin de dotar de celeridad la resolución de estos juicios (arts. 437 y ss. y 438 LEC). Así, admitida la demanda, se procederá a dar traslado y a citar, sin más trámites, al demandado al acto de juicio, que se señalará entre los diez y los veinte días siguientes. Esta celeridad exige una regulación específica del incidente de recusación, respecto a la prevista para el juicio ordinario, basada en la simplificación de trámites y la atribución de competencia al instructor del incidente, para conocer de la recusación interpuesta (art. 111 LEC).

La regulación prevista para el juicio verbal presenta dos diferencias con la del procedimiento ordinario. En primer lugar, que en el juicio ordinario no se produce la interrupción del procedimiento, del que continuará conociendo el sustituto del Juez recusado. Sin embargo, en el juicio verbal, la suspensión del juicio hace innecesario que se nombre

un Juez sustituto. La diferente regulación parece hallar su fundamento en la teórica mayor rapidez que debe presidir la sustanciación del juicio verbal. En segundo lugar, las actuaciones se remitirán al instructor sin más trámite, a diferencia del juicio ordinario en el que se daba traslado al resto de partes.

La recusación se deberá plantear cuando se conozca la concurrencia de la causa según la norma general prevista en el art. 107 LEC. Ello significa que el demandante la deberá proponer tan pronto conozca del tribunal al que le hubiere correspondido por turno de reparto; y el demandado, al darle traslado de la demanda y citarle para el acto del juicio. O también en cualquier momento posterior en el que conociere la existencia de la causa de recusación, incluso en el acto de la vista, cuando la causa que la motive no fuere conocida con anterioridad por la parte, ya que si lo fuera será inadmitida. Pero en el supuesto de que se conociera en ese preciso momento, se podrá formular oralmente en el propio acto del juicio¹⁵.

La recusación se interpondrá por escrito, salvo que se plantee en la vista, conforme con lo previsto en el art. 107 LEC expresando de forma precisa la causa legal de recusación y los motivos en que se funde. Formulada la recusación, el Juez recusado admitirá o rechazará como cierta la concurrencia de la causa. Si el Juez o Magistrado admite la recusación, se pondrá fin al incidente, aunque la LEC no prevé expre-

15. A nuestro juicio, no cabe duda de que se podrá formular la recusación en el mismo momento del acto del juicio. Así se deduce, indirectamente, de la redacción legal del art. 111 LEC, que dispone que el Juez deberá aceptar en el acto como cierta la causa de recusación. Por otra parte, la concentración de los trámites y el escaso tiempo de que disponen las partes antes del acto del juicio aconsejan que se pueda formular la recusación en la vista del juicio verbal. Ahora bien, en el supuesto de que se interponga recusación formulada oralmente en el acto del juicio, será necesario que se presente a posteriori el escrito donde se contenga la misma. El problema que se plantea es el de precisar el plazo que tiene el recusante para interponer el escrito de recusación con los requisitos establecidos en el art. 107 LEC. En este caso, entendemos que serán de aplicación las previsiones del art. 191 LEC para el supuesto de que se hubiese producido un cambio de juez después de efectuado el señalamiento. En consecuencia, cabe presentar el escrito en el plazo de tres días desde la celebración del juicio.

samente cuál sea la consecuencia de la aceptación de la causa, con la consecuencia de su sustitución, conforme con las reglas de sustitución previstas¹⁶.

Si el Juez no aceptara la recusación propuesta, pasará las actuaciones al instructor quedando mientras tanto el procedimiento en suspenso. No está previsto que el Juez recusado emita un informe, ya que en realidad, ya se habrá puesto de manifiesto su rechazo a la recusación. El instructor citará a las partes a una comparecencia dentro de los cinco días siguientes al de la remisión de las actuaciones, en la que oír a las partes y se practicará la prueba que se declare pertinente. La Ley nada establece, pero en la citación se deberá hacer constar que la parte debe acudir con las pruebas de que disponga, sean documentos, o testigos. Nótese que el recusante habrá tenido la oportunidad de realizar alegaciones en el escrito de proposición de la recusación. Pero el resto de partes no habrán tenido oportunidad de formular alegaciones, aportar documentos o solicitar prueba. Nada impide que las partes, ya sea el recusante en el escrito de proposición, o el resto de partes personadas, soliciten al instructor que cite a testigos a la comparecencia, o bien que requieran a un tercero o a la administración para que entregue un documento o certifique o testimonie unos hechos relevantes para la prueba de la causa de recusación. Practicada la prueba, el instructor resolverá mediante providencia en el mismo acto sobre si ha lugar o no a la recusación. Por tanto, concentran en el instructor las facultades de instrucción y de decisión sin que sea de aplicación la competencia establecida en el art. 110 LEC. No cabe recurso contra la resolución que resuelva el incidente, según dispone el art. 113 LEC.

16. Sin embargo, resulta extraño que la aceptación del Juez de la causa de recusación, que no es sino una abstención diferida, no esté sujeta a control alguno. Nótese que en el caso del procedimiento ordinario, la aceptación de la recusación por el Juez supone que se resuelva el incidente: "sin más trámites". En ese caso, lo más probable será que el instructor declare justificada la abstención del Juez, pero pudiera ser que no fuera así, y que le ordenara continuar, o que remitiese las actuaciones al órgano decisor de la recusación, o incluso de la abstención si así se considerase. En cualquier caso, hay un control de un órgano distinto al propio recusado, que en este supuesto no existe.

3. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE SECRETARIOS JUDICIALES, FISCALES Y OTROS FUNCIONARIOS.

El deber de abstención y la posibilidad legal de recusar no solo se predica de Jueces y Magistrados, sino, también, de otro personal al servicio de la Administración de Justicia, como los Secretarios Judiciales, Fiscales y otros funcionarios de la administración de justicia. También concurre en los peritos judiciales el deber de abstenerse y la posibilidad de ser recusados (art. 100 LEC). Mientras que los peritos de parte sólo pueden ser objeto de tacha (art. 343 LEC). Véase sobre la abstención, recusación y tacha de los peritos el Capítulo 23 del segundo volumen de esta obra.

Los Secretarios judiciales deben abstenerse cuando concurran en ellos alguna de las causas previstas en la Ley para la abstención de los Jueces y Magistrados (art. 100 LEC). La abstención, que tendrá lugar conforme con las normas contenidas en la LOPJ (art. 103 LEC), se formulará por: *“escrito motivado dirigido al Juez o Magistrado si se tratare de una unidad de apoyo directo a un órgano judicial unipersonal, al Presidente si se tratare de una unidad de apoyo directo a un órgano judicial colegiado o al Juez o Magistrado que corresponda por turno de reparto si desempeñase sus funciones en un servicio común, quienes decidirán, respectivamente, la cuestión. En caso de confirmarse la abstención, el Secretario Judicial que se haya abstenido debe ser reemplazado por su sustituto legal; en caso de denegarse, deberá aquél continuar actuando en el asunto”* (art. 446.2 LOPJ).

La recusación se producirá a instancia de parte y se sustanciará conforme con las normas previstas para jueces y magistrados, véase *“supra”*, con las siguientes especialidades: A) Los secretarios judiciales no podrán ser recusados durante la práctica de las diligencias o actuaciones de que estuvieren encargados¹⁷. B) La pieza de recusación se

17. No obstante, debe tenerse presente el contenido del art. 192 bis. LEC, introducido por la Ley 13/2009, que dispone que serán de aplicación las normas sobre sustitución de Jueces y Magistrados al supuesto del cambio de Secretario Judicial después del señalamiento para las actuaciones que hubiere que celebrar únicamente ante aquél. En consecuencia, conforme con lo previsto en los arts. 190 a 192 LEC, en el caso que existiera una causa de recusación respecto al Secretario que, en virtud del cambio, presida la vista podrá la parte recusar en el acto con la consecuencia de la suspensión de la vista. Véase sobre las distintas posibilidades que pueden plantearse el § 2.2 Capítulo 10.

instruirá y resolverá por los mismos jueces o magistrados competentes para conocer de la abstención. C) Presentado el escrito de recusación el secretario judicial, al que se recusa, será reemplazado por su sustituto legal. D) El secretario judicial recusado informará detalladamente por escrito si reconoce o no como cierta y legítima la causa alegada. E) Cuando el recusado reconozca como cierta la causa de la recusación, el tribunal dictará auto, sin más trámites y sin ulterior recurso, teniéndolo por recusado, si estima que la causa es legal. Si estima que la causa no es legal. Es decir, no se halla entre las tipificadas en la ley, declarará no haber lugar a la recusación. Contra este auto no se dará recurso alguno. F) Cuando el recusado niegue la certeza de la causa alegada como fundamento de la recusación, y admitida a trámite la recusación, el Instructor ordenará la práctica de la prueba solicitada que estime pertinente y útil, dándose traslado al Ministerio Fiscal por plazo de tres días. Transcurrido este plazo, con o sin informe del Ministerio Fiscal, resolverá el incidente. No cabe recurso frente a la resolución. (arts. 115 y ss. LEC y 446.3 LOPJ)

Los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa, y de Auxilio Judicial están obligados a abstenerse cuando concurren alguna de las causas previstas en la Ley que puedan afectar su debida imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (véanse arts. 99.2 y 497 LEC). La abstención se presentará, mediante escrito motivado, ante el órgano jurisdiccional que fuere competente para dictar la resolución que decida el pleito. En el caso de no estimarse la concurrencia de la causa el funcionario deberá continuar actuando en el asunto. En el caso de estimarse procedente la abstención el funcionario será reemplazado en el proceso por quien legalmente deba sustituirle (arts. 104 LEC y 499 LOPJ).

Estos funcionarios también pueden ser recusados, por los que fueran parte en el procedimiento, por las causas legalmente previstas y mediante escrito motivado. La instrucción del incidente de recusación seguirá los siguientes trámites: A) El incidente gubernativo se instruirá por el secretario del juzgado del que jerárquicamente dependa, y lo decidirá quien sea competente para dictar la resolución que ponga término al pleito o causa en la respectiva instancia. B) Si, a la vista del escrito de recusación, el secretario judicial estimare que la causa no es de las tipificadas en la ley, inadmitirá en el acto la petición expresando

las razones en que se funde tal inadmisión. Contra esta resolución no se dará recurso alguno. C) Admitido a trámite el escrito de recusación, y en el día siguiente a su recepción, el recusado manifestará al secretario judicial si se da o no la causa alegada. Cuando reconozca como cierta la causa de recusación, el secretario judicial acordará reemplazar al recusado por quien legalmente le deba sustituir. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno. D) Si el recusado niega la certeza de la causa alegada como fundamento de la recusación, el secretario judicial, oído lo que el recusado alegue, dentro del quinto día y practicadas las comprobaciones que el recusado proponga y sean pertinentes o las que él mismo considere necesarias, remitirá lo actuado a quien haya de resolver para que decida el incidente. E) La resolución es competencia del órgano jurisdiccional competente para dictar la resolución que ponga término al pleito o causa en la respectiva instancia. En caso de ser estimada la abstención, el funcionario será reemplazado por quien legalmente deba sustituirle. De ser desestimada, habrá de continuar actuando en el asunto. Contra la resolución que resuelva el incidente no se dará recurso alguno. (arts. 499. 2 LOPJ y 121 a 123 LEC).

Los miembros del Ministerio Fiscal deberán abstenerse cuando concurra en ellos alguna de las causas previstas en la Ley para los Jueces y Magistrados en el art. 219 LOPJ. La abstención se regirá por las normas previstas en su Estatuto Orgánico (art. 106 LEC). A la abstención se refiere el art. 28 EOMF que dispone que los Fiscales se abstendrán de intervenir en los procesos cuando les afecten alguna de las causas de abstención previstas en la Ley para los Jueces y Magistrados. De ese modo se garantiza la imparcialidad y objetividad que debe presidir la actividad del Ministerio fiscal cuando intervenga en los procesos judiciales, sea como parte o como interviniente en defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos.

Los Fiscales no podrán ser recusados. Así se prevé en el art. 28 EOMF, que dispone que en el caso que los Fiscales no se abstuvieren las partes podrá dirigirse en queja al superior jerárquico, quien resolverá de plano sin ulterior recurso.

CAPÍTULO 11

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN. LA PERSONALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO.

El proceso, conforme con el principio de dualidad, se entabla entre dos partes enfrentadas, el actor y el demandado. No es posible un proceso “a tres” en el que se enfrenten tres distintas posiciones procesales independientes e incompatibles entre sí. Sin embargo, es posible que en la posición de actor y/o demandado existan varios sujetos en los que deben concurrir los requisitos exigidos en la ley para ser parte y realizar actos procesales. Los que no son parte en el proceso tendrán la consideración de terceros, ajenos a la contienda procesal, a los que la sentencia que se dicte no les puede afectar por no haber sido, precisamente, parte en el proceso.

La delimitación subjetiva del proceso queda determinada, por lo general, a su inicio con la interposición de la demanda. Ahora bien, cabe la posibilidad de que durante su desarrollo, personas que inicialmente eran terceros entren en el proceso en virtud de tener un interés legítimo, ya sea por su propia iniciativa o por la llamada de alguna de las partes. El tercero se unirá a alguna de las posiciones enfrentadas. Aunque también cabe que el tercero pase a ocupar en el proceso el lugar que tenía la parte. Así sucederá en el caso de la intervención provocada (arts. 14.2.4 y 18 LEC), o de sucesión procesal (arts. 16 y 17 LEC) (véase, “infra”, Lección 14).

A las personas de los litigantes, es decir a la partes —ya sean partes originarias, o intervinientes que han sido admitidos como parte—, se les

exigen un conjunto de requisitos o presupuestos procesales que suelen denominarse en la práctica forense con el nombre genérico de personalidad. De modo parecido a como sucedía con el de Jurisdicción, el término personalidad es muy genérico y sirve para designar requisitos y condiciones de muy distinta naturaleza y de diverso tratamiento procesal, que tienen en común que todos ellos se refieren a los litigantes y a sus procuradores. La LEC –y la jurisprudencia– suelen entender, sin distinguir demasiado, que son “cuestiones de personalidad” todo lo relativo a:

a) La capacidad para ser parte: es decir, la aptitud genérica (determinable en abstracto y desligada de un concreto proceso) para ser demandante o demandado.

b) La capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio, que es la aptitud para conducir el proceso y realizar actos procesales por uno mismo (o por un representante designado en nombre propio).

c) Las cuestiones que puedan surgir en relación a la representación en juicio, sea de personas jurídicas o corporaciones, sea de personas físicas que no puedan comparecer por sí mismas.

d) Las relativas al poder de postulación, esto es, a la representación técnica cuando esta esté reservada a los procuradores o cuando, aun sin estarlo, la parte prefiera comparecer representada por procurador (véase Lección 12).

e) Las atinentes a la sucesión, ya sea en la relación jurídica material deducida en juicio (antes o después de que el proceso comience), o sea la sucesión en la posición procesal que ocupa alguno de los litigantes (cuando el proceso ya ha comenzado y aún pende) (véase, “infra”, Lección 14).

No atañe propiamente a la personalidad la necesidad de que los escritos de parte lleven, cuando así lo exija la Ley, firma de letrado, pero presenta ciertas analogías con la postulación y, por tanto, lo trataremos a propósito de ella.

Los problemas de falta de personalidad se concretan en la cuestiones de representación. A saber: a) los problemas relativos a defectos e insuficiencias en la representación de alguna de las partes; b) las cuestiones relativas a la falta de acreditamiento de la sucesión en la relación jurídica material; c) los problemas relativos a la insuficiencia o ilegalidad

del poder del procurador, esto es, de la representación técnica o poder de postulación. Estos defectos son apreciables de oficio o a instancia de parte, aunque son subsanables, de modo que si alguno de los litigantes carece de personalidad, el Juez debe dictar sentencia absolutoria de la instancia, sin entrar en el fondo del asunto y sin que esa resolución suponga denegación del derecho a la tutela, ya que la personalidad, como la Jurisdicción, es un presupuesto de la sentencia de fondo.

En abstracto, también podría originar problemas de personalidad la falta de capacidad para ser parte en aquellos supuestos en los que pretenda demandar un ente que no esté dotado de personalidad jurídica (v.g. una unión sin personalidad, o una sociedad irregular). Pero los problemas que esto pudiera plantear quedan de ordinario embebidos en un tema de representación, ya que una persona jurídica, exista o no como tal, debe en todo caso acudir al proceso por medio de un representante; y lo que se cuestionará es precisamente la validez de un mandato otorgado por quien, por carecer de personalidad jurídica, no tiene existencia legal. Por lo demás, ya se dijo que, excepto en el caso del “nasciturus”, no se presentan dificultades en cuanto a la capacidad para ser parte de las personas físicas. La capacidad para comparecer en juicio o capacidad procesal también suele resolverse en un tema de representación o eventualmente en un problema de ilegalidad del poder. Sencillamente, porque ningún notario o secretario autorizará una escritura de poder a procurador otorgada por un menor de edad, o por alguien a quien falte capacidad de obrar.

2. COMPARECENCIA Y CARGAS DE LAS PARTES. LA REBELDÍA.

En el proceso civil no existen deberes sino cargas. Entre estas, la de comparecer en el proceso, que no es para el demandado un deber, sino una carga, que puede definirse como la necesidad de realizar determinado acto procesal, cuyo incumplimiento puede suponer un perjuicio para la parte.

En este sentido, las partes no están obligadas a realizar actos procesales, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de su inactividad. Por ejemplo, nada obliga al actor a pedir la práctica de prueba,

ya que si no lo hace probablemente no acreditará su derecho y no obtendrá una sentencia de condena. Aunque el perjuicio puede ser que no se produzca porque el demandado admita su responsabilidad y resulte condenado. Igual puede predicarse del demandado que no tiene obligación, sino la carga de comparecer y actuar en el proceso. Así, puede comparecer en el proceso, no realizar ningún acto procesal y finalmente resultar absuelto, ya que, por lo general, corresponderá al actor probar su alegación para obtener una sentencia de condena (art. 217 LEC).

El demandado no está obligado a comparecer en el proceso, ya que la comparecencia es una carga. Ahora bien, la incomparecencia del demandado tendrá por consecuencia que se le declare en rebeldía. Así lo prevé el art. 496 LEC, que dispone que será declarado en rebeldía el demandado que no comparezca en forma en la fecha el plazo señalado en la citación o emplazamiento. Por tanto, y a “sensu contrario”, no se declarará en rebeldía al demandado que comparece en las actuaciones, pero que mantiene una actitud pasiva sin realizar ningún acto de alegación o defensa.

La condena del demandado depende en gran medida de la diligencia del actor. A este (el demandado) le basta con asistir pasivamente –o, incluso, no comparecer– para, si el actor no prueba los hechos constitutivos de la acción, obtener una sentencia absolutoria. Es esto consecuencia de los principios dispositivo y de aportación de parte que presiden el proceso civil.

En cambio, es cierto que la simple actividad formal del actor que interpone la demanda –aunque esté desprovista de fundamentación–, arroja sobre el demandado la carga de comparecer y defenderse. Por esa razón, ni es usual ni resulta recomendable que el demandado, aunque pueda hacerlo, permanezca inactivo.

La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento o admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en los que la ley expresamente disponga lo contrario (art. 496.2 LEC)¹. Ahora bien, en esta situación, el demandado no podrá defenderse de las alegaciones

1. En el juicio monitorio, por ejemplo, la incomparecencia tiene por consecuencia que se despache ejecución por la cantidad adeudada (art. 816.1 LEC).

y la prueba practicada a instancia del actor. Además, la rebeldía trae consigo la preclusión, de tal forma que si el demandado comparece posteriormente, no podrá realizar aquellos actos cuyo plazo de realización ha transcurrido (art. 499).

La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo si su domicilio fuere conocido, y si no lo fuere, mediante edictos. Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso, que se notificará al demandado personalmente, pero si se hallare en paradero desconocido, se hará por medio de edictos, que se publicará en el “BOP” o en el “BOE”. Lo mismo será de aplicación para las sentencias que se dicten en vía de recurso (art. 497 LEC).

La declaración de rebeldía del demandado tiene gran trascendencia. Es por ello que la Ley es especialmente cuidadosa en garantizar la comunicación fehaciente al demandado de la interposición de la demanda y el emplazamiento para comparecer en las actuaciones. Únicamente podrá notificarse por edictos cuando se hubieren agotado todos los mecanismos previstos en la Ley (comunicación por medio de entrega y, en su caso, averiguaciones sobre el domicilio del notificado) (art. 164 LEC) (véase capítulo 7.5). Pero si el demandado constara en el Registro de rebeldes civiles, regulado en el RD 231/2002, y previsto en el art. 157 LEC, podrá por providencia acordar directamente la comunicación edictal del demandado.

El demandado rebelde puede comparecer en cualquier estado del proceso. A partir de ese momento, se entenderá con él la sustanciación, sin que esta pueda retroceder en ningún caso (art. 499 LEC). Sin perjuicio de esta posibilidad, cuando fuere habido el demandado rebelde, que por carecer de domicilio conocido o hallarse en ignorado paradero hubiese sido citado o emplazado para personarse mediante edictos, se le notificará, de oficio o a instancia de cualquier parte personada, la pendencia del proceso. Para el actor resulta de interés instar la notificación al demandado que se hallara en rebeldía, ya que de ese modo evitará la posibilidad de que pueda interponer el recurso de audiencia al condenado rebelde, como se expone a continuación.

El demandado que hubiere permanecido en rebeldía puede hacer uso de los recursos ordinarios que procedan contra la sentencia que se

dicte. Si se le ha notificado personalmente la sentencia, el recurso debe interponerlo dentro del plazo legal. Pero, si no se le ha notificado personalmente la sentencia, el plazo se contará desde el día siguiente a la publicación del edicto de notificación de la sentencia (art. 497 LEC)².

El rebelde también puede hacer uso, en determinados casos, del recurso de audiencia al rebelde, regulado en el art. 501 LEC, que servirá para solicitar y obtener, en su caso, la rescisión de la sentencia firme. (Véase sobre esa cuestión, capítulo 31).

3. CONCEPTO Y CAPACIDAD PARA SER PARTE.

3.1. Concepto de parte procesal.

Son parte, como actor o demandado, quien pide en su nombre y propio interés una determinada tutela jurídica y la persona frente a quien esa tutela se pide. Actor es la persona de quien parte la primera petición de tutela al órgano jurisdiccional y, como consecuencia, quien inicia o pone en marcha el proceso. Demandado es aquel frente a quien se pide una tutela concreta³.

La parte procesal (actor o demandado) puede no coincidir con quien es parte en la relación jurídica material deducida en juicio (acreedor o deudor). Así sucede, por ejemplo, en los supuestos de sustitución procesal y es posible, incluso, que sea actor en el proceso quien en la relación jurídica material es, presumiblemente, parte pasiva (acciones declarativas negativas). Esto es así, porque en el proceso civil de declaración las

2. Pero conforme con los párrafos 3º y 4º del art. 497 LEC: “3. No será necesaria la publicación de edictos .../... en aquellos procedimientos en los que la sentencia no tenga efecto de cosa juzgada. En estos casos bastará la publicidad del edicto en el tablón de anuncios de la Oficina judicial. 4. Esta publicación podrá ser sustituida, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos, conforme a lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”

3. Aunque también cabe una modificación de las posiciones procesales iniciales mediante la reconvencción, por la cual el demandado puede, en el tiempo del emplazamiento, demandar a su vez al actor inicial. En ese caso, el proceso adquiere cierta complejidad, de modo que actor y demandado adoptan al mismo tiempo esta posición.

peticiones de tutela jurídica individualizada (acciones) valen en cuanto afirmadas, y los papeles procesales de actor y demandado se distribuyen precisamente basándose en la afirmación del actor. Nada importa que “in limine litis” la parte procesal no coincida con la parte material: la realidad de esta coincidencia es, precisamente, la cuestión de fondo y como tal se determinará al final del proceso.

No son parte las personas que comparecen en el proceso en representación de otras (sean físicas o jurídicas), ya que en ese caso, no piden en su nombre y propio interés, sino en el de otra persona que es la parte (por ejemplo el padre que pide en el proceso en representación de su hijo, que es la parte).

3.2. La capacidad para ser parte.

Capacidad para ser parte es la aptitud, genérica e independiente, para ser titular, en nombre propio, de derechos y facultades procesales (como demandante o demandado) de asumir los correspondientes deberes y cargas de naturaleza procesal y, sobre todo, la capacidad para ser beneficiario de los efectos favorables de la sentencia que se dicte o perjudicado por la sentencia condenatoria y sufrir los efectos que de ella se derivan: cosa juzgada y ejecución forzosa.

El de capacidad para ser parte es un concepto estrictamente procesal y su reconocimiento o denegación se realiza mediante criterios procesales. Pero, aunque no sean idénticos, coincide, sustancialmente, con el de personalidad jurídica del Derecho civil, de forma que se reconoce capacidad para ser parte a todas aquellas personas a quienes las normas sustantivas otorgan personalidad jurídica. De ahí que suele afirmarse que la capacidad para ser parte es el trasunto procesal de la personalidad jurídica del Derecho civil.

3.2.1. De las personas físicas.

El Derecho procesal reconoce capacidad para ser parte a todas las personas físicas (art. 6.1.1 LEC), esto es, las nacidas con los requisitos del art. 30 CC (figura humana y supervivencia), en virtud del art. 29 CC, y

mientras vivan. El ya fallecido no puede ser tenido por parte (art 32 CC). Si fallece iniciado el proceso, le podrá sustituir su heredero (art. 16 LEC).

La capacidad para ser parte de la persona física no plantea ningún problema en tanto que a tenor del art. 29 CC “*el nacimiento determina la personalidad*”. De modo que tienen capacidad para ser parte todas las personas, sin que pueda existir ninguna discriminación por razón de raza, religión, sexo o de nacionalidad pues el art. 27 CC establece que: “*los extranjeros gozan en España de los mismos derechos que los españoles...*”, lo que incluye el derecho a demandar y la posibilidad de ser demandado.

Así, todas las personas físicas, por el solo hecho de serlo, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones de toda clase, incluidos los procesales, pues, si no se les reconociera el derecho a defender en juicio su existencia y modo de ser, peligraría la efectividad de todo derecho.

Cuestión distinta es la de la capacidad procesal para comparecer en juicio a defender sus derechos, ya que, obviamente, un menor de edad no está en pleno disfrute de sus derechos civiles, ni políticos, ni tampoco procesales. Por esa razón, el menor, o el incapaz podrán ser parte en el proceso, pero deberán suplir su falta de capacidad procesal, como se expone a continuación.

También tiene capacidad para ser parte el “nasciturus”, para todos los efectos que le sean favorables (arts. 6.1.2 LEC y 29 CC), que comparecerá en el proceso, por analogía con lo previsto en el art. 627 CC, representado por “las personas que legítimamente les representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”.

La capacidad para ser parte del “nasciturus” lo es únicamente para demandar, pero no para ser demandado, pues los arts. 6.1.2 LEC y 29 CC, limitan esta eficacia a los efectos que le sean favorables. Para demandar al “nasciturus” será preciso esperar a que nazca. Especiales dificultades plantearía la posibilidad de que, el “nasciturus” demandante, pasara a ser demandado mediante reconvencción. No parece en este caso razonable entender que la reconvencción fuera inadmisibile, pues puede estar íntimamente ligada con la acción. La dificultad puede resolverse si se piensa que, cualquiera que sea el contenido de la sentencia –favorable o condenatoria–, y sus efectos –la ejecución – deben entenderse condicionados a que el “nasciturus”, efectivamente,

llegue a nacer y adquiera capacidad jurídica conforme con los requisitos del art. 30 CC.

3.2.2. *De las personas jurídicas.*

El Derecho procesal reconoce capacidad para ser parte a todos los entes –públicos y privados– a los que el Derecho otorga personalidad jurídica (art. 6.1.3 LEC). Por su parte, el art. 38 CC dispone que: “*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*”.

Corresponde al Código Civil y a otras leyes determinar cuándo existe personalidad jurídica (art. 35 CC con carácter general, y arts. 1 LJRAE; 116 CCom. para las sociedades; 1669 CC respecto de las sociedades civiles; 6 LSA respecto de las sociedades anónimas, etc.). La personalidad de las corporaciones públicas viene establecida en sus leyes constitutivas. Para determinar la personalidad jurídica de las que tengan nacionalidad extranjera, habrá que estar a lo que determine su ley nacional (art. 9.11 CC). También tienen personalidad jurídica las sociedades disueltas y en liquidación.

3.2.3. *El Ministerio Fiscal.*

El Ministerio Fiscal también actuará como parte, respecto de los procesos en que, conforme a la Ley, haya de intervenir como tal (art. 6.1.6 LEC).

La actuación del Fiscal en el proceso civil tiene lugar, principalmente, en los procesos especiales no dispositivos en los que su naturaleza queda determinada por la materia de su objeto que, no siendo ajena a los intereses públicos, exige la intervención del Fiscal: procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts. 748 y ss. LEC). El fiscal también interviene en procesos dispositivos con un objeto especial. Así, en el procedimiento para la división de la herencia cuando en el esté interesado algún menor o incapacitado (art. 783 LEC) o en los procesos que tienen por objeto la tutela de los derechos fundamentales,

excepto el derecho de rectificación, en los que será siempre parte el Fiscal (art. 249.1.2º LEC).

Ahora bien, la intervención del Fiscal en estos procesos no solo tendrá lugar como parte, sino que puede adoptar distintas formas según la clase de juicio y la clase de intereses que deban ser protegidos.

El Ministerio Fiscal intervendrá como parte en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación. En estos casos, siempre será parte con independencia de que no haya sido promotor de los mismos, ni deba asumir la defensa de ninguna de las partes (arts. 6.1.6 y 749.1 LEC).

En los procesos citados su intervención puede ser la que de inicio al proceso promoviendo las acciones previstas en la Ley. En este sentido, podrá promover la incapacitación si los especialmente legitimados para ello no lo hubieran hecho (art. 757.1 LEC); o solicitar dejar sin efecto o modificar el alcance de una incapacitación ya establecida (art. 761.2 LEC). Se trata de un deber que incumbe al fiscal que ejercerá, ya sea por tener conocimiento propio; o más normalmente, por haber recibido noticias sobre estas circunstancias de cualquier persona que conozca de hechos que puedan resultar determinantes para la incapacitación (art. 757.3 LEC). Aunque se establece una limitación por cuanto el Fiscal no podrá solicitar la incapacitación de los menores, que únicamente podrá ser ejercitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC).

En el proceso de nulidad está legitimado para interponer la demanda de nulidad (art. 74 CC), excepto en los supuestos en los que la causa de nulidad aducida sea el error, la coacción o el miedo grave. Así mismo, actuará como parte cuando deba asumir la representación del cónyuge incapaz.

En los procesos de filiación, el Fiscal comparecerá como parte, promoviendo las acciones de filiación, que correspondan al hijo menor de edad o incapacitado, cuando no lo haga su representante legal (art. 765 LEC).

En los supuestos citados, el Fiscal actuará como parte procesal plena por cuanto el proceso se iniciará a su instancia. Pero también cabe que el fiscal actúe en estos procesos en distinta posición procesal, en cuyo caso también se le dará traslado de todo lo actuado en tanto que no puede obviarse su carácter de parte legal. Así, en el proceso de incapa-

citación, cuando no actúe como promotor de la incapacitación, actuará como defensor del presunto incapaz o pródigo; y en todo caso, como demandado cuando el incapaz comparezca con su propia defensa y representación. En el mismo sentido, en los procesos de filiación, cuando no ejercite la acción, el Ministerio Fiscal intervendrá como tutor de la legalidad y del interés público en tanto que informante y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte con sus correspondientes derechos, deberes y cargas, en atención a la desvinculación con el derecho material y a que no le afecta la relación jurídico-privada que en el proceso se debate y sí la legalidad del ordenamiento jurídico.

El fiscal actuará en calidad de interviniente o coadyuvante en aquellos procesos especiales que se regulan en el T.I, Libro IV de la LEC, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal. Así, en los procesos matrimoniales de separación y divorcio, en los que el Fiscal intervendrá cuando uno de los cónyuges o sus hijos sean menores, se encuentren incapacitados o ausentes. En estos casos, el Fiscal interviene en calidad de interviniente adhesivo, y su presencia deviene necesaria (art. 749.2 LEC). Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia en estos casos, si bien se dará traslado al Ministerio Fiscal de todo lo actuado, su incomparecencia no determinará ni la suspensión ni la nulidad de las actuaciones realizadas sin presencia del fiscal, al tratarse de una medida de garantía de derechos fundamentales que, en cualquier caso, está plenamente satisfecha con el cumplimiento de los trámites legales. En este sentido, la comparecencia del fiscal no se establece como obligatoria ni como causa para la suspensión de comparecencias o vistas (arts. 188, 770.3ª LEC).

El Fiscal no interviene en los procesos civiles dispositivos, precisamente, porque el principio que vertebra el proceso civil es el dispositivo y de rogación, que determina que sean las partes las que fijen con su actividad procesal el objeto del proceso. Se trata del objeto propio y específico del proceso civil que se sustanciará por los cauces de los procesos declarativos ordinarios: el juicio ordinario y el juicio verbal (arts. 249 y 250 LEC). Sin embargo, en el sistema de la LEC, el juicio ordinario es el cauce procesal establecido para sustanciar las demandas sobre la tutela del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho funda-

mental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, dispone la Ley que será siempre parte el Ministerio Fiscal, y su tramitación tendrá carácter preferente.

Estas demandas se sustanciarán por los trámites del juicio ordinario, aunque por su objeto concreto y limitado debe atribuírseles naturaleza de procesos especiales. En realidad, este proceso tiene su origen en el procedimiento de garantía jurisdiccional civil que se contenía en la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que preveía la legitimación para actuar como demandante del Ministerio Fiscal y, en cualquier caso, siempre en calidad de parte. De este modo, el juicio ordinario será el cauce preferente y sumario para solicitar la protección judicial de los derechos fundamentales de la persona, a cuyo efecto el párrafo 2º del art. 249.1 LEC prevé, además de la intervención del Fiscal en calidad de parte, que estos procesos se tramiten con carácter preferente.

El fiscal tiene también intervención en el procedimiento para la división de la herencia, en el que representará a los interesados en la herencia que fueren menores o incapacitados, que no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore (art. 783 LEC); y en la intervención del caudal hereditario, en la que el Fiscal intervendrá siempre que pudiere haber parientes desconocidos con derecho a la sucesión legítima, o que alguno de los parientes conocidos con derecho a la herencia o de los herederos o legatarios de parte alícuota no pudiere ser citado personalmente por no ser conocida su residencia, o cuando cualquiera de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga representante legal (art. 793 LEC).

3.2.4. *De entidades sin personalidad jurídica y patrimonios autónomos.*

Además de a las personas jurídicas, legalmente constituidas, la LEC también atribuye capacidad para ser parte a los entes que carezcan de personalidad jurídica, pero que han actuado en el tráfico contrayendo obligaciones o adquiriendo derechos (art. 6.1.5 LEC).

Así se prevé en los apartados 4º y 5º del art. 6.1 LEC que establece que podrán ser parte: – las masas patrimoniales o los patrimonios sepa-

rados, que carezcan transitoriamente de titular o este hubiera sido privado de sus facultades de disposición y administración y – las entidades sin personalidad jurídica a las que la Ley reconozca capacidad para ser parte. También las Comunidades de propietarios como un supuesto especial de entidades sin personalidad jurídica que, sin embargo, tienen capacidad para ser parte en un proceso.

La razón de la norma radica en la experiencia que muestra que, por razones prácticas y de justicia, es preciso reconocer capacidad para ser parte a los efectos de demandar y poder ser demandados a determinados entes no dotados de personalidad jurídica, pero que han actuado contratando bienes y servicios. De lo contrario, se producirían situaciones insólitas e injustas, como que la falta de cumplimiento de los requisitos legales aplicables a las sociedades impidieran demandar o ser demandadas. O que se negara capacidad para demandar al representante de un grupo con el que se contrató y se contrajeron obligaciones.

– Masas patrimoniales o patrimonios separados.

Tienen capacidad para ser parte las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. Los ejemplos más claros son la herencia yacente y la masa del concurso. Se trata de conjuntos de bienes que no tienen un titular porque ha muerto o que, aunque lo tengan, ha perdido la capacidad de disponer sobre ellos. Estas masas de bienes actúan en el proceso a través de sus representantes, mediante la capacidad para ser parte que les reconoce la ley (art. 6.1.4 LEC).

– Entidades sin personalidad jurídica y sociedades irregulares.

También tienen capacidad para ser parte las denominadas “entidades o uniones sin personalidad jurídica” (art. 6.1.5 LEC). Se trata de supuestos de muy variada naturaleza que se crean, normalmente, con carácter provisional para un determinado fin (por ejemplo, un comité electoral o una agrupación de personas que se unen para una cierta finalidad lícita).

Estas uniones de carácter transitorio carecen, ciertamente, de personalidad jurídica, pero pueden actuar en el tráfico adquiriendo obli-

gaciones y ostentando derechos frente a terceros que, en justicia, deben ser exigidos y exigibles frente al grupo y no frente a las personas –distintas– que puedan aparecer como gestores. De lo contrario, resultaría una suerte de inimputabilidad efectiva de las uniones de hecho que no alcanzan a tener personalidad.

Igual sucede en el caso de las sociedades irregulares que, aunque no hubieren cumplido con todos los requisitos legales, podrán, en todo caso, ser parte demandada para responder de la responsabilidad en la que hubieren incurrido. Así está previsto específicamente en el art. 65.2 LEC que establece que podrán ser parte pasiva y ser demandadas: *“las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”*.

– Las Comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Es muy frecuente en la práctica que las comunidades de propietarios demanden –incluso a sus propios componentes– o resulten demandadas por terceras personas; aunque es indudable que carecen de personalidad jurídica. Sin embargo, se trata de “entes de proyección jurídica propia que se asemeja a las de las personas jurídicas” y que pueden ser parte en el proceso, en el que actuarán representados por el Presidente que, conforme con el art. 16.3 LPH ostenta la representación legal de la comunidad en juicio.

Las comunidades de propietarios podrán actuar con plena capacidad en el proceso –sean demandantes o demandados– con independencia de la personalidad de los comuneros y representadas orgánicamente por el presidente de la comunidad (acreditado mediante la certificación de la Junta) (art. 16.3 LPH). Corresponderá al Presidente otorgar los poderes a Procuradores, subsistiendo estos aun cuando cese aquel antes o durante el proceso. La representación del Presidente hace innecesaria la llamada a juicio de todos los copropietarios, cuyos intereses en el pleito serán defendidos por aquel. Aunque no impide que los condóminos puedan ejercitar en nombre propio toda clase de acciones relativas a los elementos comunes, aunque exista presidente nombrado de la comunidad.

3.2.5. De los grupos de consumidores o usuarios.

La LEC otorga capacidad para ser parte a: 1) los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables (art. 6.1.7º LEC). 2) Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (art. 6.1.8º LEC).

Estos son supuestos en los que se reconoce capacidad jurídica tanto a grupos de afectados como a las entidades habilitadas para comparecer como parte en determinadas acciones de responsabilidad por daño o cesación. Esta capacidad otorgada a estos grupos y entidades se complementa con la legitimación que se otorga en el art. 11 LEC para la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Véase el § 8.1 de este Capítulo.

Son requisitos para constituir un grupo de afectados con capacidad para ser parte, conforme con el art. 6.17 LEC, los siguientes: – que se trate de consumidores y usuarios; – que los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables; y –que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Serán consumidores y usuarios los designados en el art. 1.2 de la Ley 26/84, de consumidores y usuarios. A saber: “... *las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*”. Son estos sujetos los que pueden formar el grupo vertebrado en torno a la existencia de un hecho dañoso.

La exigencia de la determinación del grupo no resulta de fácil solución por la propia indefinición de la Ley. Pareciere que la Ley está exigiendo más un requisito de fondo que de forma, ya que la determinación del grupo de afectados y, por tanto, el alcance que debe tener la sentencia que se dicte será una cuestión difícil de precisar al inicio del proceso.

Sobre este particular, debemos hacer unas precisiones. En primer lugar, el art. 15 LEC dispone normas para obtener la información nece-

saría para formar el grupo de afectados. A ese fin, la Ley establece distintas posibilidades. Concretamente, la Ley prevé: – Que previamente a la interposición de la demanda, el representante del grupo de afectados deberá haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido. – La publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses⁴.

En segundo lugar, la LEC prevé la posibilidad de solicitar una diligencia preliminar destinada a concretar los integrantes del grupo de afectados (art. 256.1.6 LEC). Esta posibilidad resulta especialmente de interés cuando, por ejemplo se solicite al Juez que requiera a un Hospital para que informe sobre los afectados por una enfermedad. Información que no se podrá obtener de otro modo por estar amparada por el derecho a la confidencialidad (Véase sobre diligencias preliminares, el Cap. XVII del Vol. II de esta obra).

En tercer lugar, que la importancia de esta norma se pone de manifiesto, precisamente, al final del proceso en la posible ejecución de la sentencia, que conforme con los arts. 221, 22.3 y 519 LEC se podrá extender a personas que no habiendo sido parte en el proceso cumplieren los requisitos exigidos en la sentencia para poder beneficiarse de su contenido e instar su ejecución.

Igual sucede con el requisito referido a que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. A nuestro entender, dependiendo del supuesto bastará con acreditar que el grupo de afectados está constitui-

4. En ese caso: “cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que estos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley”. Art. 15.3 LEC.

do y que se ha dado la publicidad suficiente entre los posibles perjudicados para que puedan adherirse al mismo. En su caso, podrá ser de gran utilidad la solicitud de la diligencia preliminar prevista en el art. 256.1.6 LEC, a la que antes hacíamos referencia, mediante la cual no podrá existir duda de la voluntad del grupo para el cumplimiento de este requisito.

4. CAPACIDAD PROCESAL.

La capacidad procesal habilita para comparecer en juicio y realizar actos procesales válidos y eficaces. La capacidad procesal coincide sustancialmente con la capacidad de obrar del Derecho civil, en virtud de la remisión que hace el art. 7 LEC, que dispone que: “*Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”. De modo que, además de tener capacidad para ser parte, que se atribuye genéricamente a cualquier persona física o jurídica, las personas deben tener capacidad procesal, que se otorga a aquellas personas que, además de serlo, tienen capacidad para realizar actos jurídicos, en este caso procesales, válidos.

En su virtud, tienen capacidad procesal los mayores de 18 años y los menores emancipados (arts. 315 y 323 CC). También tienen capacidad procesal las personas jurídicas legalmente constituidas (arts. 35 y ss. LEC); así como aquellas entidades sin personalidad, patrimonios autónomos o grupos de consumidores a los que la LEC reconoce capacidad para ser parte (art. 6 LEC).

A “sensu contrario” carecen de capacidad de obrar: 1) Los menores de edad no emancipados. Esto es, los menores de 18 años, a tenor de lo establecido en el art. 315 CC en relación con el art. 12 CE. 2) Las personas que por cualquier causa han sido incapacitadas, y dentro de los límites que señale la sentencia de incapacitación (art. 760 LEC). 3) Los pródigos sometidos a curatela y también dentro de los límites de la sentencia (arts. 286.3º y 298 CC). 4) El declarado en concurso, cuando se hubiere acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición para el ejercicio de las acciones de índole no personal (art. 54 LC). Aunque este es un supuesto especial en tanto que el deudor podrá interponer la demanda y actuar en el proceso,

pero siempre con la conformidad de los administradores. No son supuestos de incapacidad en sentido propio los que produce la ausencia, aunque el ausente requiera el nombramiento de un defensor judicial y un representante.

La capacidad procesal habilita para comparecer en juicio. Ahora bien, la LEC establece la regla general de comparecer en el proceso representado por procurador. Representación técnica a la que nos referimos en el capítulo siguiente. De modo que, en realidad, la capacidad procesal viene a ser la capacidad de dar poder en nombre propio a procurador y de realizar determinados actos procesales para los que el poder del procurador no alcanza. Ello sin perjuicio de los procesos en los que las partes pueden comparecer por sí mismas o en aquellos supuestos en los que las partes deban comparecer personalmente ante el Juzgado⁵.

Las personas que no tienen capacidad procesal deberán comparecer en el proceso mediante representación conforme a las reglas contenidas en el art. 7 LEC en relación con la normativa civil. A la representación nos referimos en el apartado siguiente.

5. LA REPRESENTACIÓN. CLASES.

La representación procesal sirve para suplir, por varias causas, la falta de capacidad procesal de las partes en el proceso. Efectivamente, para actuar válidamente en el proceso se requiere capacidad para ser parte y capacidad procesal, esto es, estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 7.1 LEC). Por ello, las personas físicas procesalmente incapaces (menores o incapacitados) han de actuar en juicio por medio de representantes que suplan su incapacidad. Las personas

5. La posibilidad de comparecer la parte por sí misma en el proceso se limita a los supuestos previstos en el art. 23 LEC. A saber: – Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros; – la petición inicial de los procedimientos monitorios; – La comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas en los juicios universales; – En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

jurídicas también precisan, por razones obvias, de una persona que las represente. Igual sucede con las entidades sin personalidad jurídica o las masas patrimoniales o patrimonios separados, que precisan de un representante que actúe procesalmente en su nombre.

También es un supuesto de representación el que se produce cuando las personas físicas procesalmente capaces otorgan voluntariamente su representación a un tercero a quien apoderan para que comparezca en su lugar en el proceso.

A los supuestos expuestos, que se denominan de representación necesaria o voluntaria, se añade el de la representación técnica en el proceso. Esta representación se exige en la mayoría de los procedimientos judiciales y debe hacerse por medio de procurador, que es quien efectivamente comparece en juicio y solicita la tutela jurídica ante los Tribunales. Procurador de los tribunales que pide en nombre y para su representado en los términos del poder de apoderamiento que debe aportarse con la demanda. Esta representación puede denominarse técnica, aunque en la práctica se suele utilizar el término postulación (o poder de postulación). A esta clase de representación nos referimos en el Capítulo siguiente.

Con base en las distintas situaciones expuestas, puede distinguirse entre representación necesaria, legal o voluntaria.

5.2. La representación procesal necesaria.

Esta clase de representación tiene lugar respecto de las personas jurídicas que, por definición, no pueden actuar solas en el tráfico jurídico o en el proceso. Actuaciones que deben realizar a través de sus órganos o sus representantes, que son quienes de modo permanente ostentan su representación. Así lo prevé el artículo 7.4 LEC que dispone que “por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente les representen”.

El caso más frecuente es el de las sociedades mercantiles y, en nuestro Derecho, de las sociedades limitadas y anónimas. Quién representa a estas lo dicen las leyes materiales o los respectivos estatutos. Cuando se trata de comunidades de bienes (copropiedad), puede actuar cualquier

comunero cuando se trate de acciones en beneficio de la comunidad. Si es en perjuicio deberán demandar todos. Para el caso frecuente de las comunidades de propietarios, la LPH concede a quien sea Presidente de la Comunidad de Propietarios capacidad para comparecer en juicio (art. 16.3 LPH). Finalmente, por los grupos de consumidores o personas jurídicas irregulares (según resulta de los arts. 6.1.7 y 6.2 LEC), comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros (art. 7.7 LEC).

En los casos de representación necesaria –como en los de representación legal–, puesto que la actuación más importante del representante es otorgar poder a procurador, interesa distinguir aquellos supuestos en los que el representante otorga poder al procurador para que le represente en juicio en su propia cualidad de representante, de aquellos otros en los que el representante otorga poder al procurador en nombre de la persona jurídica que representa. En el segundo caso, el poder debe entenderse dado directamente por la persona jurídica –si bien a través de su representante–; en el primero, el poder del procurador depende siempre de la subsistencia de la representación de la persona que le otorgó el poder. Con todo, en la práctica lo usual es que el poder lo otorgue directamente la persona jurídica, de suerte que los posteriores cambios en las personas físicas que representan a la jurídica no influye ni en la personalidad ni en la suficiencia y legalidad del poder dado a procurador.

5.3. La representación legal.

La representación legal se refiere a aquellas personas que, teniendo capacidad para ser parte, no tienen capacidad para comparecer en juicio o la han perdido. En los supuestos de incapacidad del menor, los representantes son el padre y la madre (art. 162 CC; bien conjuntamente, o bien uno de ellos con el consentimiento del otro –arts. 154 y 156 CC–)⁶.

6. En el caso de los concebidos y no nacidos, que tienen capacidad para ser parte conforme con el art. 6.1.2 LEC para los efectos que les sean favorables, comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido (art. 7.3 LEC).

O, en su caso, el tutor legalmente establecido. En los demás supuestos de incapacitación, el tutor o curador dentro de los límites que señale la sentencia de incapacitación (760 LEC). En todo caso, la capacidad se rige por la Ley personal del representado. Así está previsto en los apartados 2º y 3º del art. 7 LEC, que dispone que las personas físicas que carezcan de capacidad procesal deberán comparecer mediante la representación, asistencia, autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

La ley prevé la posibilidad de que el privado de capacidad procesal no disponga de representante, o bien que exista conflicto. En esos casos el Juez nombrará un defensor judicial que deba representarlo. Así sucederá cuando el tutor o los padres no puedan ejercer sus funciones o se encuentren en una situación de conflicto de intereses con el incapacitado o el menor. En tanto no se proceda al nombramiento, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa del incapaz, quedando el proceso en suspenso hasta que no conste su intervención (art. 8 LEC).

También puede precisar representación el declarado en concurso, cuando se hubiere acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición para el ejercicio de las acciones de índole no personal (art. 54 LC). Aunque este es un supuesto especial en tanto que el deudor podrá interponer la demanda y actuar en el proceso, pero siempre con la conformidad de los administradores.

5.4. La representación procesal voluntaria.

La representación en juicio es voluntaria cuando quien tiene personalidad jurídica y capacidad procesal que le permitirían comparecer por sí mismo, prefiere, no obstante, aparecer en el proceso representado por otra persona distinta.

Esta clase de representación opera en el proceso de modo análogo a como lo hace en el Derecho privado: cualquier persona, aunque tenga plena capacidad procesal si es persona física, o disponga de sus órganos si es persona jurídica, puede, si lo desea, comparecer en un concreto proceso por medio de un representante nombrado a ese efecto.

Este tipo de representación no es muy frecuente. Y tampoco muy deseable. Significa que, aun siendo la parte el representado, todo el pro-

ceso lo lleva el representante, lo que puede crear algunas dificultades en la realización de aquellos actos que son personalísimos de la parte (v.g. interrogatorio en juicio). Más lógico es este tipo de representación cuando una persona es gestor, administrador o apoderado del patrimonio de otra (administrador de fincas, gestor de patrimonios ajenos, etc.), en cuyo caso él es quien ordinariamente contrae las obligaciones y adquiere los derechos y quien está en situación de demandar y ser demandado.

6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y COMPARECER EN EL PROCESO.

El tratamiento procesal de la capacidad para ser parte y comparecer en el proceso se fundamenta en el principio de normalidad: si una persona —física o jurídica— acude a los Tribunales en demanda de tutela jurídica, es porque existe y está dotada de personalidad jurídica. De este modo, tanto al actor como al demandado les basta con afirmar su capacidad para ser parte o, lo que es más frecuente, comportarse como entes dotados de capacidad para ser parte y para ser admitidos en juicio con todas sus consecuencias.

De ahí que ni actor ni demandado necesitan afirmar —y menos aún acreditar— “in limine litis” que poseen capacidad para ser parte, que se atribuye a toda persona física o jurídica. Aunque puede plantearse la falta de capacidad para ser parte en el caso del “nasciturus” o en aquellos supuestos especiales en los que uniones sin personalidad, sociedades irregulares o patrimonios autónomos cuando exijan judicialmente determinados derechos.

De modo semejante a lo dicho para la capacidad para ser parte, para la capacidad procesal, el Derecho parte también del principio de normalidad. Para presentar la demanda, el actor no necesita acreditar su capacidad procesal (es decir, que posee las cualidades necesarias para comparecer en juicio); le basta con afirmar que las tiene o partir simplemente de su existencia.

Si una persona física mayor de edad (si no lo fuera, el notario no habría autorizado el poder para litigar, y lo mismo habría hecho el Se-

cretario con el apoderamiento “apud acta”) comparece en juicio, se supone que su capacidad de obrar es plena y no tiene que acreditar, por ejemplo, que no ha sido incapacitado por ningún Tribunal del país. Si efectivamente está incapacitado (de modo pleno o relativo) corresponde a la otra parte alegar y probar la falta de capacidad. Lo contrario sería obligar a quien comparece en juicio a una prueba negativa, en la práctica imposible de practicar.

La falta de capacidad procesal y para ser parte podrá ser apreciada por el Juez de oficio o a instancia de parte, según se expone a continuación (art. 9 LEC).

6.1. Impugnación a instancia de parte.

El demandado podrá impugnar la falta de capacidad para ser parte y procesal del actor mediante la excepción procesal de falta de personalidad del actor, que se alegará en la contestación a la demanda (art. 405.3 LEC)⁷.

Con las excepciones procesales, el demandado pone de manifiesto al Juez la ausencia de presupuestos o la existencia de óbices procesales que impiden que el tribunal pueda entrar a conocer del fondo del asunto. Estas alegaciones se dirigen a atacar la defectuosa conformación del proceso, sin que atiendan al fondo del asunto planteado por el actor. Por esa razón, la estimación de alguna de ellas tendrá por consecuencia

7. La Ley no describe el contenido de esta excepción, que sí definía el derogado art. 533 LEC de 1881 que establecía que el demandado puede impugnar la: “*falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama*”. El citado precepto incluía dos excepciones distintas: a) la carencia de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, de un lado; y b) la falta de acreditamiento del carácter o representación con que el actor reclama. La primera se funda en la carencia, esto es, en la ausencia de las cualidades para comparecer en juicio (lo que limita su ámbito a la falta de capacidad para ser parte y a la falta de capacidad procesal). La segunda en cambio, se funda en la falta de acreditamiento (y en principio con independencia de que se tenga o no) del carácter o representación con que el actor comparece en juicio.

la finalización del proceso y el sobreseimiento de las actuaciones⁸. La alegación de falta de capacidad para ser parte del actor no suele ser frecuente, y puede decirse que tiene una escasa viabilidad teniendo en cuenta la amplitud con la que la Ley regula la capacidad para ser parte en el proceso (art. 6 LEC). La alegación de falta de capacidad procesal, sin embargo, suele tener mayor eficacia procesal tanto referida a las personas físicas como a las personas jurídicas.

La facultad de alegar la falta de personalidad del actor precluye con la contestación a la demanda, que será el momento procesal para que el demandado exponga los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, así como las excepciones procesales, materiales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (arts. 405 y 443 LEC)⁹. Además, corresponde al demandado no solo alegar en tiempo oportuno la falta de capacidad para ser parte, sino también probar los hechos en que se funda la excepción de falta de capacidad.

Como regla general no podrá el demandado interponer una excepción procesal alegando su propia falta de capacidad para ser parte y/o para comparecer en juicio. Piénsese que la situación de sujeción del demandado al proceso viene determinada por la demanda del actor interpuesta frente al demandado. De modo que, finalmente, será la sentencia la que determine si debe responder o no de la reclamación

8. Nada tiene que ver la excepción de falta de personalidad en el actor por no acreditar el carácter o representación con que reclama, con la mal llamada “excepción de falta de acción” porque el demandado entiende que el actor no es titular del derecho que deduce en juicio. Se trata de la tradicional distinción entre la legitimación para el proceso (“ad processum”) con la falta de acción (o legitimación “ad causam”). Sin embargo, resulta evidente que una cosa es que el actor no tenga personalidad y otra distinta que tenga o no acción; ya que esa es una cuestión de fondo que se deberá resolver en la sentencia.

9. Las excepciones materiales se refieren al fondo del asunto y son el modo ordinario de defensa del demandado que las utilizará para enervar los hechos en los que el actor fundamenta su pretensión. Con las excepciones materiales, el demandado se opone al derecho material que el actor afirma tener alegando hechos que si bien no son incompatibles con los hechos constitutivos de la acción del demandante, producirán, de ser probados y estimados por el Juez, la desestimación de la demanda en cuanto al fondo.

contenida en la demanda¹⁰. Ahora bien, podrá el demandado alegar su propia falta de capacidad procesal cuando considere que no tiene la personalidad que le atribuye el actor. Por ejemplo, cuando se demanda a una persona en calidad de representante de una empresa, cuando en realidad no ostenta tal representación. En ese caso, sería posible que el demandado alegase la falta de representación para comparecer en juicio en nombre de la persona demandada. En cualquier caso, es obvio que es una carga del actor identificar perfectamente al demandado y a quien le representa con la consecuencia que aun en caso de ganar el juicio, la sentencia obtenida frente a quien carece de capacidad procesal sería inejecutable.

En cuanto al actor, este no podrá denunciar la falta de capacidad para ser parte del demandado, pues la simple interposición de la demanda frente a él supone un reconocimiento procesal de la capacidad que no puede ser posteriormente negado sin ir contra sus propios actos. Queda, en cambio, incólume la posibilidad de denunciar una eventual falta de representación o de postulación. Es decir, el actor podrá impugnar la personación del demandado cuando comparezca a representarlo alguien que no ostente tal representación¹¹. En ese caso, la alegación

10. Al actor le basta con demandar a quien tiene personalidad jurídica para que, una vez emplazado, el demandado deba comparecer en juicio con todos los requisitos relativos a su personalidad. Si no lo hace o no lo hace dentro de plazo, será declarado en rebeldía y el proceso continuará en su ausencia. De ahí que si el demandado es menor de edad, ha sido incapacitado o está sometido a tutela, es al propio demandado a quien corresponde, como carga procesal, completar su personalidad compareciendo en el proceso debidamente representado por quien legalmente pueda hacerlo.

11. Así sucederá cuando se demanda, por ejemplo, a un mayor de edad y comparece su progenitor a representarle en virtud de la simple existencia de la relación paterno filial. Obviamente, si el demandado (hijo) otorgara al representante (padre) tal poder, no existiría ningún inconveniente. Pero lo que no puede es comparecer el padre con base en la existencia de una representación legal que ya no existe, en razón de la mayoría de edad del hijo. También sería el caso de comparecer una persona alegando una representación que no ostenta. En todos estos supuestos, al actor le interesa que no prosiga el proceso en tanto no se halle perfectamente constituido, ya que de otro modo, la sentencia que se obtenga no podrá ser ejecutada por defecto de audiencia del demandado que no habrá sido oído al haber estado en el proceso persona que no le representa.

del actor se producirá en el acto de la audiencia previa, conforme con el art. 418 LEC.

La resolución de estas cuestiones se producirá en la audiencia previa conforme a lo previsto en el art. 418 LEC¹². El procedimiento se funda en la posibilidad de subsanar, si fuera posible, el defecto, ya sea en el acto, o bien en el plazo de diez días que a tal efecto concederá el Juez.

Si no se subsanare el defecto o este fuere insubsanable, se pondrá fin al proceso, en el caso que afecte a la personación del actor. Pero si el defecto se refiriera al demandado, se le declarará en rebeldía, sin que en los autos quede constancia de las actuaciones que se hubiesen llevado a cabo por el que hubiere comparecido en calidad de demandado.

La diferente consecuencia es lógica. Si el actor no subsana el defecto denunciado y estimado por el Juez, se le debe tener por desistido y el proceso debe llegar a su fin. Sin embargo, en el caso de que el defecto radique en el demandado personado, por no ostentar la representación requerida para comparecer en el proceso, la consecuencia de la estimación de la alegación consistirá en emplazar nuevamente al demandado para que comparezca, debidamente representado, en diez días. Y si no lo hiciera así, debe declarársele en rebeldía, ya que de lo contrario el proceso quedaría al albur del demandado.

6.2. De oficio por el tribunal.

El art. 9 LEC dispone que la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso.

Conforme con esta norma, el tribunal puede apreciar la falta de capacidad para ser parte o procesal poniendo fin de ese modo al proceso

12. La audiencia previa se sustanciará tras la contestación a la demanda. En ella se persigue la consecución de distintas finalidades: intentar un acuerdo o transacción de las partes que pongan fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de este y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba –art. 414.1.2 LEC–.

por la falta de un presupuesto esencial del mismo. Con esta norma, la LEC modifica el sistema anterior, de la LEC de 1881, en el que el Juez no podía apreciar, con carácter general, esta circunstancia de oficio. Por lo tanto, correspondía a las partes, la carga de alegar la falta de capacidad para ser parte y procesal en el caso de que entendieran que se carecía de ella.

De la regulación legal (se podrá apreciar este defecto en cualquier momento), se desprende que la apreciación de este defecto puede producirse en la sentencia que ponga fin al proceso. En este caso, se dictará una sentencia absolutoria en la instancia que no producirá efectos de cosa juzgada. Es decir, que el proceso, una vez sustanciado completamente, no habrá cumplido con su finalidad, ya que el asunto no habrá quedado resuelto. Para evitar esta indeseable consecuencia, deberá perseguirse la resolución de todas las cuestiones de carácter procesal en la audiencia previa. Además, los eventuales defectos de personalidad son esencialmente subsanables, de modo que la subsanación puede producirse en cualquier momento procesal. Siempre, claro está, que el defecto de que se trate sea en sí mismo subsanable, y se realicen todos los actos necesarios para la subsanación.

7. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA REPRESENTACIÓN.

A diferencia de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, la LEC no parte, respecto de la representación, del principio de que, quien comparece es porque es representante, sino de que quien comparece en el proceso como representante de otro debe acreditar la representación que afirma ostentar.

El principio seguido respecto a la capacidad para ser parte y procesal es el de normalidad, que supone que demandante y demandado tienen capacidad para ser parte y comparecer en el proceso. Entre otras cuestiones, porque las partes deben, en la generalidad de los supuestos, apoderar a un procurador para lo cual debe estar en plena posesión de sus derechos civiles y la consecuente capacidad para ser parte y procesal. La representación, sin embargo, no se presume, sino que resulta necesario acreditar que la persona que comparece en calidad de representante ostenta, efectivamente, esa representación y puede realizar actos

válidos y eficaces en nombre de la parte. El hecho de la representación es claramente una cuestión de personalidad que, como verdadero presupuesto procesal, debe justificarse en el momento inicial del proceso. A ese fin, tanto el actor como el demandado deben acompañar a la demanda, y a la contestación, los documentos que acrediten la representación que afirman tener para comparecer en el proceso en nombre del representado. Así lo establece el art. 264.2 LEC que dispone que con la demanda o la contestación habrán de presentarse: “*Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya*”. Estos documentos deben ser suficientes para acreditar la representación y las condiciones de su ejercicio.

Un concepto procesal asociado con el de la representación es el del carácter con el que se comparece en el proceso. Por lo general, el representante comparece en el proceso afirmando y acreditando ser representante de la parte, sea actora o demandada. Pero también cabe la posibilidad de que el que comparezca en el proceso lo haga alegando ser representante de otra persona (física o jurídica) que no ha sido demandada, con base en considerar que tiene un interés directo para intervenir en el proceso (véase sobre esta cuestión, el Cap. XIV); o también acreditando que el derecho litigioso se lo ha transmitido otro, ya sea por herencia, o por cualquier otra justa causa.

Aportados los documentos que acreditan la representación —ya sea la del actor, o la del demandado— y aceptada (por no impugnada), esta se “perpetúa” durante todo el proceso, a no ser que se produzca una falta de representación sobrevinida. De forma que la ausencia de impugnación de la representación supone un consentimiento y aceptación que no podrá ser denunciada a posteriori, porque iría contra sus propios actos.

La falta de representación procesal puede ser apreciada de oficio, conforme con el art. 9 LEC. Ahora bien, lo ordinario será que la parte interesada denuncie el defecto o vicio de falta de representación, conforme se expone a continuación.

7.1. La excepción de falta de representación del actor.

El demandado puede denunciar la falta de representación del actor mediante una excepción procesal que deberá aducir en la contestación

a la demanda, junto con el resto de alegaciones de carácter procesal y argumentos de fondo que se opongan a lo solicitado en la demanda (art. 405 LEC).

La excepción procede si quien comparece como representante, o bien no lo es, o no acredita el hecho de la representación, aunque realmente sea el representante. En ese caso, si el actor hubiera omitido la aportación de los documentos que acreditan la personalidad, o bien presentados no la acreditaran suficientemente, se producirá una falta de personalidad que, en caso de no ser subsanada, comportará la finalización y archivo definitivo de las actuaciones (art. 418 LEC). Puesto que el representante actúa en nombre e interés ajenos, la sentencia que se dictara faltando representación sería inútil, y sus efectos no alcanzarían al representado.

7.2. Falta de representación del demandado.

La falta de representación del demandado para comparecer en juicio es una cuestión cuya explicación y fundamento plantea mayor dificultad que la referida a la falta de representación del actor. La razón del problema se halla en el hecho de que el demandado lo es por la voluntad del actor que designa en su demanda al demandado como el que debe responder de su reclamación. Que finalmente la demanda sea estimada y se condene al demandado depende de distintos factores. Desde luego, uno de los esenciales es que, además de que el actor acredite y pruebe su derecho, el demandado deba y pueda responder efectivamente de la condena que se le imponga.

Y decimos pueda responder, porque ello depende de que el condenado se halle, efectivamente, en disposición de hacer efectiva la condena. Lo que puede ser imposible si, no obstante declararse la responsabilidad y la condena, el condenado no puede responder por no hallarse legitimado pasivamente para ello. Esto sucederá en el caso de que por error se demande a cierta persona física o jurídica con un carácter que no tiene. Esto puede pasar por varias razones. Por ejemplo, porque se demandó directamente a Y como legal representante o cesionario de X, cuando ya no tiene esa representación. O bien porque quien compareció en el proceso como representante de la mercantil X no ostenta

en realidad esa representación. Ciertamente, estos son supuestos anómalos que pueden tener su origen en el error o en el fraude. Situación que puede el demandado poner de manifiesto mediante una excepción procesal que se resolverá en la audiencia previa del juicio.

Esta posibilidad esta prevista en el art. 418.1 LEC, que se refiere a la denuncia por el demandado o el actor de defectos de capacidad o representación sin distinguir en qué parte concurren. De modo que también podrá el demandado alegar que carece de la representación que le atribuye el actor. Ya hicimos referencia a esta cuestión al explicar el tratamiento procesal de la capacidad para ser parte y procesal. En aquel punto dijimos que resultaba posible, pero no demasiado eficaz, que el demandado alegase falta de capacidad para ser parte y responder de la demanda por carecer de la legitimación pasiva que le atribuye el actor. Y esto es así porque, finalmente, esa es una cuestión de fondo a resolver en la sentencia. Igual sucede en este caso en el que el demandado podrá poner de manifiesto que carece de la representación que el actor le atribuye en la demanda —porque nunca la tuvo o porque no la tiene ya—; pero sin que resulte fácil su estimación en tanto que su comparecencia en el proceso trae causa de la demanda del actor, que puede oponerse a la salida del proceso del representante del demandado por considerar que no existe error y que es la persona legitimada para responder de la reclamación. Cuestión distinta sería que, alegada la excepción de un defecto de representación, el actor desistiese del proceso por considerar que, efectivamente, se ha producido un error; o bien que el tribunal considere del mismo modo que el demandado carece de la representación o carácter que le atribuye el actor y, en consecuencia, acuerde la finalización del proceso, conforme con el art. 418.2 LEC.

También puede el actor poner de manifiesto en la audiencia previa la falta de representación del demandado por considerar que existen defectos de representación (art. 418 LEC). Así sucederá cuando existan defectos en el poder, no se acredite suficientemente la representación, o bien porque directamente se considere que la persona que ha comparecido representando al demandado no tiene ese carácter. En ese caso, si el Juez estima la alegación, requerirá al demandado para que subsane los defectos. Si puede ser en el acto de la audiencia previa y si no fuese posible en ese momento, en un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia. Si el defecto afectase a la personación en forma del

demandado y no fuese subsanado, y a diferencia de lo previsto para los defectos de representación del actor, se declarará al demandado en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos (art. 418.3 LEC). La razón es meridiana y se fundamenta en las distintas cargas que recaen sobre actor y demandado. El actor tiene la carga de comparecer en forma en el proceso con cumplimiento de todos los presupuestos y requisitos procesales, de suerte que si no los cumple el Juez pondrá fin al proceso. En cambio el incumplimiento de los tramites y procesales por el demandado, el primero el de la comparecencia, no conlleva la finalización del proceso, sino únicamente que se declare su rebeldía y se prosiga con las actuaciones. De lo contrario, le bastaría al demandado con no comparecer para impedir que se le condenase. Ver sobre la carga de la comparecencia, el Capítulo 11.2.

8. LA LEGITIMACIÓN. TRATAMIENTO PROCESAL.

8.1. Consideraciones generales. La legitimación propia. La legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

La legitimación es una cualidad jurídica que relaciona a una persona con una cosa, un bien objeto de comercio o con otra persona física o jurídica. En su virtud, el legitimado tiene una potestad que puede hacer valer en el proceso judicial como titular del derecho u objeto litigioso. En este sentido, el art. 10 LEC dispone que se considerará parte legítima a quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En el Derecho común, con el mismo término –legitimación– se distinguía entre: la “legitimatio ad procesum” y la “legitimatio ad causam”. Esta diferenciación ha subsistido hasta la actualidad y designa dos cuestiones distintas. Así, mientras que la “legitimatio ad causam” está relacionada con la pretensión que se ha formulado, la legitimación “ad processum” se refiere a cualidades estrictamente personales referentes a la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio. Cualidades que se incluyen, en derecho procesal, dentro del concepto de personalidad. Término más correcto que evita la confusión de las cues-

tiones de personalidad y de representación con las de legitimación, que son de fondo y referidas a la titularidad de la relación jurídica debatida.

La “*legitimatío ad causam*” se puede definir como la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio, en virtud de la cual es, precisamente, esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor, o de demandado, pudiendo ser, legitimación directa cuando su relación con la situación jurídico-material es directa, o legitimación por sustitución cuando una persona reclama en nombre e interés propio un derecho ajeno.

En este sentido, se dice en el Derecho civil que el acreedor está “activamente legitimado” para reclamar la deuda y el deudor legitimado pasivamente. Mas, si bien se observa, cuando se dice, v.g., que el prestamista está activamente legitimado cuando efectivamente es prestamista, se está diciendo solo que el prestamista tiene derecho a una tutela jurídica cuando efectivamente ha prestado. Pero que sea prestamista —o no— es, precisamente, lo que debe decidir el Derecho material, de forma que si al final del pleito se demuestra que no prestó (o no puede demostrar que prestó, o la cantidad ha sido restituida), se le denegará la tutela jurídica solicitada, pero no porque carezca de legitimación, sino pura y simplemente, porque carece de derecho material: no es acreedor por préstamo.

La legitimación del actor se fundamenta, en realidad, en la simple afirmación de que se está legitimado, ya que la legitimación no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio. De modo que está legitimado el actor que afirma en el proceso ser el titular de un derecho, teniendo en cuenta que el proceso sólo existe en tanto que el actor lo inicia ejercitando su acción. En cuanto al demandado, su legitimación pasiva deviene, igualmente, de la mera afirmación del actor de que debe responder de la reclamación contenida en la demanda. Es por ello que como primer efecto, la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto. Ahora bien, ello no debe conducir a pensar que la legitimación sea una cuestión procesal que pueda o deba resolverse al inicio del proceso o en la audiencia previa a instancia del demandado. A lo sumo, pueden plantearse problemas de personalidad, que suelen confundirse con problemas de legitimación.

Ello sin perjuicio de que en algunos supuestos, la ley exija una acreditación de la legitimación con la que se concurre al proceso. Así

sucedirá, por ejemplo, en los procesos especiales no dispositivos sobre filiación o capacidad de las personas respecto a los cuales la ley legitima a determinados supuestos que deberán acreditar su legitimación para iniciar esa clase de procesos (arts. 757, 765 LEC)¹³. En estos supuestos, se inadmitirá la demanda cuando no se acompañen con ella los documentos que la Ley exija expresamente para acreditar la legitimación para pedir en esos concretos procesos judiciales (arts. 266 y 403.2 LEC).

Lo cierto es que la legitimación es una cuestión de fondo que se refiere y trae causa de la real y efectiva disposición o ejercicio del derecho por parte del actor. De forma que la falta de “legitimatío ad causam” o falta de acción afecta al fondo del asunto, a la esencia de la pretensión y a la sustancia del pleito. Es por ello que la legitimación no debe ser alegada como excepción procesal, sino como una excepción de fondo referida a la falta de acción del actor que carece de título o de derecho de pedir, al menos frente a ese demandado concreto, siendo esto último lo que se viene denominando como falta de legitimación pasiva. En consecuencia, siendo la legitimación una cuestión de fondo, debe resolverse sobre su existencia en la sentencia.

Finalmente, debemos hacer una referencia a la legitimación que podríamos denominar extraordinaria, que la LEC otorga para la tutela de los intereses colectivos en materia de consumidores y de igualdad de trato entre mujeres y hombres (arts. 11 y 11.bis LEC).

En materia de consumidores la LEC, sin perjuicio de la legitimación individual, otorga legitimación a: – Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. – Los grupos de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables.

13. El art. 757 LEC únicamente legitima para promover la declaración de incapacidad a: “*el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz*”. Por su parte, el art. 765 LEC establece la legitimación para el ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado.

La legitimación que reconoce la LEC es el necesario correlato de la capacidad para ser parte que concede el art. 6 LEC a las citadas asociaciones y grupos de consumidores. La finalidad de esta norma consiste en atender al fenómeno del consumo en masa que puede producir daños o fraude también en masa. Piénsese en los daños derivados del uso o consumo de productos del tabaco o fármacos. En estos supuestos, parece adecuado facilitar la personación y reclamación en juicio de los grupos de consumidores, ya sea legalmente establecidos, o bien formados a propósito del hecho que fundamenta la reclamación. El problema que se plantea es el de la dificultad de insertar el sistema de proceso civil que responde a la tutela del derecho subjetivo en un proceso de tutela de intereses colectivos en el que existen una pluralidad de legitimados, pero una sola representación. A ese fin, la ley dispone determinadas normas que tienen por objeto garantizar la real eficacia de la tutela concedida. Concretamente, además de la legitimación la Ley, regula la capacidad procesal (art. 6.1.7º LEC); la publicidad e intervención en el proceso (art. 15 LEC); la acumulación de acciones (art. 78.4 LEC); la petición de diligencias preliminares (art. 256.1.6º LEC); el contenido de la sentencia que pone fin a un proceso cuyo objeto sea una acción de este tipo (art. 221 LEC); los efectos del proceso (art. 222.3 LEC); y finalmente, la acción ejecutiva respecto de sentencias dictadas en esta materia cuando no se contenga en determinación individual de los beneficiarios (art. 519 LEC)¹⁴.

La simple cita de normas afectadas en la sustanciación de esta clase de procesos determina la necesidad de un tratamiento unitario, que se contiene en el Cap. 38 del Volumen II de esta obra, al que nos remitimos.

14. Como se ha expuesto en sede de capacidad para ser parte (§ 3.2.6 de este Capítulo), esta clase de legitimación plantea, entre otros problemas, el de la determinación del grupo. Téngase en cuenta que la sentencia que se dicte va a afectar a todo el grupo o clase de personas que se hallen dentro del ámbito de determinación que se contenga en la sentencia (art. 519 LEC). A ese fin, la LEC establece normas para la publicidad del proceso (art. 15 LEC) e incluso la posibilidad de instar el auxilio judicial mediante una diligencia preliminar (art. 256.1.6 LEC). Además, en el caso de que se hubieran planteado múltiples demandas, la ley prevé la posibilidad de acumulación de esta clase de procesos, incluso de oficio (art. 78.4 LEC).

8.2. La legitimación por sustitución.

La afirmación que determina la legitimación procesal se funda, ordinariamente, en un derecho propio que constituye el objeto principal del proceso (legitimación ordinaria). La condición para la incoación de un proceso será la necesaria voluntad de quien se dice titular de la situación jurídica sustancial que se plantea en juicio. Ahora bien, siendo esta la situación normal, el ordenamiento jurídico atribuye, en determinados casos, la facultad de solicitar en nombre propio la tutela jurisdiccional del derecho a quien no es titular del mismo. Es este, sin duda, un fenómeno extraordinario que excede el principio general que establece el ejercicio de los derechos por su titular; y que legitima para reclamar un derecho de titularidad ajena.

Este fenómeno, conocido bajo el término de sustitución procesal, abarca una amplia y diversa gama de supuestos cuya justificación se halla en la concurrencia de un doble interés, derivado de la existencia de dos relaciones jurídicas conexas. Así, tenemos por un lado, el interés del sustituido, derivado de la relación jurídico-material que se va a debatir en el pleito; y por otro, el del sustituto, que se deriva de la relación jurídico-material que le vincula con el sustituido. Entre ambos existe una interdependencia, por cuanto la tutela del interés sustancial integrante del derecho del sustituido es presupuesto de la tutela del interés sustancial que constituye el derecho del sustituto.

En el proceso iniciado por quien tiene legitimación por sustitución, el titular del derecho sobre el que se debate puede permanecer ajeno al procedimiento, trabándose la litis en torno a dos afirmaciones: una, referida a la titularidad del derecho, que constituye el objeto principal de enjuiciamiento; y otra, fundada en la existencia de un interés jurídico propio derivado de una relación jurídica que vincula al sujeto demandante con el sujeto sustituido.

El ejemplo clásico de legitimación por sustitución lo constituye la llamada acción subrogatoria, regulada en el art. 1111 del Código Civil, que permite al acreedor ejercer las acciones de su deudor en aquellos casos en los que este omita hacerlo y no disponga de otros bienes con los que pagar su deuda. Junto a ella, existen otros ejemplos de sustitución procesal en nuestro ordenamiento. Es el caso de la actuación del

J. M. RIFÁ SOLER / M. RICHARD GONZÁLEZ / I. RIAÑO BRUN

Presidente de la Junta de Propietarios ejercitando la acción de cesación de actividades prohibidas (art. 7.2 LPH); el previsto en el art. 1552 CC, que faculta al arrendador a reclamar ciertas cantidades frente al subarrendatario; la acción que el art. 507 CC concede al usufructuario para reclamar créditos que forman parte del usufructo, etc.

CAPÍTULO 12

LA POSTULACIÓN Y LA DEFENSA TÉCNICA

1. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL TÉCNICA.

La representación procesal técnica corresponde a los Procuradores de los Tribunales que comparecerán en el proceso en lugar y nombre de la parte a la que representan, salvo las excepciones previstas en la Ley. Así, quien comparece en el proceso no es la parte, ni siquiera sus representantes (voluntarios, necesarios o legales), sino el procurador. De este modo, el proceso se sigue sin que quien sea parte en él tenga necesidad de personarse físicamente en el Juzgado. Así se prevé en los arts. 23 y ss LEC y 543 LOPJ, que dispone que la representación de las partes en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente al procurador de los tribunales habilitado legalmente para “actuar” en el tribunal que conozca del juicio ¹.

La razón de la necesidad de la representación técnica radica en la complejidad de las actuaciones procesales que determina la presencia de un profesional que actúe de enlace entre el juzgado y la parte. Y tal previsión es muy razonable, pues las partes no peritas en derecho difi-

1. De este modo, cuando el procurador comparece y presenta un escrito deduciendo una petición de parte, esta petición surte el mismo efecto que si la hubiera realizado la parte. Cuando al procurador se le notifica una resolución, surte el mismo efecto que si se le notificara a la parte. Sin embargo, no podrán realizarse mediante procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse personalmente por los litigantes (art. 25.2.3 LEC).

cilmente podrían llevar a cabo con éxito las difíciles y complejas tareas procesales. Lo que sí podría ser objeto de discusión es la obligatoriedad de que siempre exista una dualidad de profesionales que realicen esta labor mediadora entre el Juez y la parte. En este sentido, puede plantearse que la representación por procurador únicamente fuese obligatoria, por ejemplo en el juicio ordinario, pero que en el verbal fuere voluntaria.

No será necesaria la intervención de Procurador y, en consecuencia, podrán los litigantes comparecer por sí mismos en los siguientes casos (art. 23 LEC): – En los juicios verbales que no excedan de 900 euros. – Petición inicial de procedimientos monitorios (véase arts. 812 y ss. LEC). – Juicios Universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de los títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas (art. 184 LC). – Incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita. – Solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio².

Tampoco se requiere procurador en los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1812 y ss. LEC de 1881); y en ciertos casos especiales: a) cuando es el propio procurador el que litiga (art. 20 EGPT); b) si quien litiga es el Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, en cuyo caso el letrado que las represente podrá comparecer sin necesidad de procurador; c) para ejercitar el derecho de rectificación (art. 5 LO 2/84 de 26 de marzo); d) para concurrir a las subastas judiciales, etc.

En los supuestos que el interesado no se sirva de Procurador, designará en el primer escrito (usualmente mediante la utilización de la fórmula del otrosí) un domicilio para notificaciones en la localidad donde tenga su sede el órgano jurisdiccional, que usualmente será el del abogado que defienda el asunto. En dicho lugar se le notificarán todas las diligencias y requerimientos que hayan de realizarse. En ese

2. Entre estas actividades, pueden citarse las siguientes: a) el *acto de conciliación* (art. 465 LEC de 1881); b) para la petición de *medidas cautelares* cuando estas se solicitan con anterioridad a la presentación de la demanda, porque tienen el carácter de urgentes (art. 730.2 LEC); c) la petición de alguna *diligencia preliminar* de las previstas en el art. 256 LEC, cuando tengan carácter urgente (art. 23.2.3° LEC); d) para la solicitud y práctica de *prueba anticipada y/o aseguramiento de la prueba* al amparo del art. 293 y ss. LEC; la solicitud de asistencia jurídica gratuita (art. 23.2.3° LEC).

caso, cuando la intervención de procurador no es preceptiva, no cabe, a tenor del art. 32.5 LEC calificarlo como gasto necesario, de forma que no quedará incluida en una eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio.

El procurador actúa con base en un mandato, que exige la presencia de una forma pública (notarial o judicial) para su válida exteriorización. De ahí, que la representación técnica o facultad de postulación en un proceso concreto deba acreditarse mediante el poder. La naturaleza del poder es la de un mandato de representación. En este caso, la representación, que no es esencial al mandato, es su contenido típico y se entiende aceptado por el mero hecho de usarlo. Ordinariamente, el poder se otorga ante notario y en escritura pública. Pero la LEC también permite el otorgamiento de poder por comparecencia directa del litigante ante el secretario de cualquier oficina judicial. Este apoderamiento, llamado “apud acta”, tiene el mismo efecto que el notarial (art. 24 LEC).

El poder para pleitos es un poder general en el que se enumeran exhaustivamente la facultades que se confieren al procurador y que debe ser suficiente para la representación de la parte en primera instancia, en la segunda y en un eventual recurso de casación (también ante el Tribunal Constitucional). De ahí que en la misma escritura suela designarse, al menos, dos procuradores del lugar donde deba seguirse el pleito en primera instancia, dos del lugar donde deba sustanciarse la segunda y dos de Madrid para eventuales recursos extraordinarios. El poder no caduca ni prescribe, con independencia de su antigüedad y puede ser general o especial³.

3. La LEC utiliza el término poder en dos sentidos diferentes: a) como la facultad que se otorga a un determinado procurador para que sea él y no otro el representante de la parte; b) como el documento (público) en que se incorpora esta facultad. En la práctica, quizá por tradición, las partes suelen otorgar poder a procurador ante notario. En la redacción del “poder para pleitos” –de extrema importancia práctica para evitar impugnaciones sobre la personalidad del procurador– el notario está sometido a los requisitos exigidos por la legislación notarial. Así, el Notario identificará al poderdante y expresará sus circunstancias personales (art. 156 y ss. RN) analizará la capacidad de quien comparece (art. 167 y ss RN), su carácter de representante legal o voluntario (art. 168 RN)

El poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquellos. Aunque el poderdante podrá excluir del poder general, de forma expresa, asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial. El poder especial será necesario para realizar determinados actos que, por su trascendencia, quedan reservados a las partes. A saber: para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, para recusar 107.2 LEC, etc.

El poder se rige por las formalidades del país en que se otorga, pero su suficiencia debe acomodarse a la Ley procesal española. Para el acreditamiento de la representación a los efectos de la legalidad y suficiencia del poder otorgado por extranjeros, basta la afirmación del funcionario que da fe (v.g. la sección consular de una embajada).

El Procurador asume la representación cuando acepta el poder, lo que se presume por el mero hecho de usar de él. Aceptado el poder, quedará obligado a cumplir con los deberes relacionados en el art. 26 LEC. A este respecto, la principal obligación del procurador será el seguimiento de la marcha del litigio, trasladando los escritos de su poderdante y de su letrado a los Procuradores de las restantes partes en la forma prevista en el art. 276 LEC, y entregando al abogado aquellos escritos que sean necesarios y todos los antecedentes que posea, y ejercitando los derechos de la parte. Además, realizará los actos de comunicación y de cooperación con la Administración de Justicia que

y, especialmente, cuando se trate de personas jurídicas insertará en la propia escritura de poder los originales o el testimonio de los documentos fehacientes que acrediten la representación de quien aparece como representante. Aunque la jurisprudencia más reciente entiende que basta con que el notario de fe de los hechos o documentos que acreditan la representación, sin necesidad de transcribir los correspondientes particulares. En todo caso, y para evitar posibles impugnaciones, es muy conveniente que la escritura de poder incorpore todos los particulares relativos a la personalidad de quien aparece como poderdante, y es, desde luego, imprescindible aportar el poder de quien otorga la sustitución si quien otorga el poder al procurador, lo hace como sustituto de otro representante, pues solo así podrá juzgar el Juez sobre la licitud de la sustitución a tenor del art. 1721 CC.

su representado le solicite, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales (art. 26.8 LEC). Sobre este particular es especialmente destacable la atribución al Procurador de la competencia para realizar actos de comunicación con las partes y terceros que hasta la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 estaban reservados al órgano jurisdiccional. Véase sobre los actos de comunicación el Capítulo 7.

Por otra parte, el procurador tiene obligaciones de carácter económico, ya que actúa como administrador de la parte y tiene la obligación de pagar todos los gastos que se causaren a su instancia y que deban ser satisfechos por su poderdante (con exclusión de los honorarios del abogado y los correspondientes a los peritos, salvo que el poderdante hubiere entregado fondos para este fin).

La representación del procurador cesa en los casos previstos en el art. 30 LEC. A saber: por revocación expresa o tácita del poder, por renuncia voluntaria o cesar en la profesión, fallecimiento, por separarse el poderdante de la pretensión o haber terminado el asunto.

1.1. Tratamiento procesal de la representación técnica.

La parte deberá presentar, con el primer escrito que se dirija al juzgado (que puede no ser el de demanda), escritura de poder legal y suficiente⁴. Sin perjuicio de que la parte puede solicitar la devolución del poder, previo testimonio, que queda unido a autos, con el fin de utilizarlo para otros casos. Si adolece de alguno de estos defectos, puede ser impugnado por la contraparte⁵.

4. El poder es legal cuando ha sido otorgado por la persona que aparece como representada y con las formalidades prescritas por la Ley. Es preciso tener en cuenta aquí la legislación notarial sobre otorgamiento de poder y todas las normas sobre representación de las personas físicas o jurídicas. Por otra parte, el poder es suficiente cuando de sus términos resulta que basta para las actividades que la parte pretende.

5. Si la escritura de apoderamiento se halla otorgada en país extranjero, se rige por las normas del país de otorgamiento y su legalidad está bajo la fe del funcionario que lo otorga, pero deberá ir acompañada de la "Apostilla", de conformidad con el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 10 de abril de 1978, por el cual no se exige la legalización consular de los documentos públicos o de

El Secretario Judicial puede apreciar de oficio, y las partes denunciar, la ausencia o insuficiencia del poder⁶. En el caso del demandado, lo hará mediante la correspondiente excepción procesal que se contendrá en la contestación a la demanda (art. 405 LEC). El actor podrá denunciar este defecto en la audiencia previa (art. 418 LEC). En cualquier caso, cabe la subsanación conforme con los arts. 231 LEC, 11.3 y 243 LOPJ.

En general, todos los defectos relativos al Poder del procurador son subsanables. La subsanación del poder puede hacerse mediante ratificación del interesado (esto es, quien sea parte o tenga realmente la representación de la parte) y, una vez subsanados, desaparece toda posibilidad de impugnación.

1.2. El procedimiento de cuenta del procurador.

El poderdante está obligado a proveer de fondos al procurador, conforme a lo establecido por la legislación civil aplicable para el contrato de mandato (arts. 29 LEC y 1709 y ss. CC). Asimismo, deberá satisfacer al procurador los gastos causados en el proceso, que este tiene la obligación, una vez aceptado el poder, de pagar (art. 29 LEC).

Caben dos posibilidades. En primer lugar, si, después de iniciado un proceso, el poderdante no habilitare a su procurador con los fondos necesarios para continuarlo, podrá este pedir que sea aquel apremiado a verificarlo⁷. Esta pretensión se deducirá ante el tribunal que conozca

las certificaciones sobre documentos privados, originarios de los países signatarios del precitado Convenio y destinados a ser aportados a un procedimiento judicial.

6. Corresponderá al Secretario judicial examinar la demanda y, en su caso, admitirla. No la admitirá cuando considere que la demanda adolece de defectos formales. Entre estos la completa ausencia de poder, que impedirá al Secretario dar curso a la demanda. Ahora bien, no podrá el Secretario analizar de oficio la escritura de poder ni poner de relieve los vicios que pudiera contener, ya que su denuncia corresponde al demandado mediante el ejercicio de una excepción procesal. En ese supuesto el Secretario concederá un plazo al actor para que aporte el poder. Si no lo hace el Secretario dará cuenta al Juez a fin de que proceda a inadmitir la demanda (art. 404.2 LEC).

7. El procedimiento comienza con un sencillo escrito del procurador dirigido al juzgado que conoce del pleito, en el que pide al Juez que fije una cantidad que sirva al procurador de provisión de fondos. No es preciso que el procurador presente cuenta

del asunto, el cual dará audiencia al poderdante por el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda, fijando, en su caso, la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio (art. 29 LEC)⁸.

“Apercibir de apremio” supone que el apremio no se ordena en ese momento, lo que hace precisa otra resolución judicial que, efectivamente, lo ordene (el apremio). Resulta así que “apercibir de apremio” es solo requerir al deudor para que cumpla en un plazo, y solo si en ese plazo no cumple, puede el Juez despachar ejecución, pero no es causa de la ejecución el apercibimiento de apremio, sino la resolución que la despacha. Con esta se dará inicio al procedimiento de apremio (arts. 634 y ss. LEC), que presupone necesariamente el embargo de bienes.

En segundo lugar, la Ley pone a disposición del procurador un procedimiento rápido que le permite reclamar las cantidades debidas por los derechos y gastos que este hubiere suplido para el asunto y que el poderdante, cualquiera que sea la causa, se niegue a satisfacer. No se trata de un privilegio, sino que este procedimiento halla su fundamento en las garantías de efectividad y defensa.

Ordinariamente, el procurador no suele usar del poder ni comenzar su actividad procesal si el poderdante no le ha hecho previa provisión de fondos (a la que tiene derecho según el art. 1728 I CC), y en nada es censurable esta conducta. Pero si, fundado en relaciones anteriores o porque el cliente le merece confianza, el procurador usó del poder, comenzó el litigio y solicitada la entrega de fondos no le fue entregada, es comprensible que la LEC le conceda un cauce procesal rápido que le permita obtenerlos. Este procedimiento, tradicionalmente denomina-

justificada por gastos y suplidos, pues se trata solo de que el poderdante anticipe las cantidades necesarias para cumplir el mandato (art. 1728 I CC), y que en ese momento se desconocen con detalle. En cualquier caso, corresponde al Juez fijar la cantidad que sea necesaria como provisión de fondos (en atención a la clase de procedimiento, a su cuantía, etc.) y el plazo en que debe pagarse, bajo apercibimiento de apremio.

8. Deducida la pretensión, el Secretario judicial dará traslado de la misma al poderdante y resolverá por Decreto lo que proceda, fijando, en su caso, la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio (art. 29.2 LEC).

do “de cuenta jurada” (o “de jura de cuenta”), constituye un peculiar y privilegiado proceso de ejecución, que no impide al Procurador iniciar, en su caso, el juicio declarativo que corresponda a la cuantía de la reclamación. Obtenida sentencia en el juicio declarativo, se procede a su ejecución conforme a las reglas ordinarias.

El procedimiento de cuenta del procurador se reguló en el art. 34 LEC, y se fundamenta en la sencillez de sus trámites. Se iniciará por el procurador que deberá presentar, al Secretario Judicial que esté conociendo del asunto, la cuenta de lo que se le deba. El Secretario Judicial sin más trámite requerirá al poderdante para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación.

Deberá denegarse la admisión de la petición en el caso de que el Procurador no se encuentre legitimado para solicitarlo bien por no ostentar la presentación, o haber renunciado antes de que se devengaran los gastos. Por otra parte, este procedimiento no puede ser utilizado para reclamar gastos ocasionados extraproceso o fuera del mismo. También habrá de denegarse si la persona contra la cual se dirige no se encuentra pasivamente legitimada (p. ej. se solicita contra el representante y no contra la parte).

Si, dentro de dicho plazo, se opusiere el poderdante, el Secretario Judicial examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y resolverá la cantidad que haya de satisfacerse al procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. El Decreto que decide el procedimiento no es recurrible, sin perjuicio de que pueda iniciarse posteriormente un juicio declarativo sobre la cuestión. Si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas (art. 34 LEC).

2. LA DEFENSA TÉCNICA.

Como regla general, los litigantes serán dirigidos en el proceso civil por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. El Abogado es un profesional que actúa en el pro-

ceso con base en un contrato de arrendamiento de servicios de contenido típico por el cual asume la defensa técnica de la parte en los procedimientos judiciales. De este modo, fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del abogado que les hayan de representar y defender en juicio (art. 33.1 LEC).

El derecho a la asistencia letrada por abogado es uno de los contenidos esenciales del derecho a la defensa. Este derecho se reconoce en el art. 24.2º y su efectivo cumplimiento en el proceso constituye una exigencia estructural de su propio desarrollo, en garantía del derecho a un juicio justo. Su finalidad consiste en asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, de modo que se eviten desequilibrios entre las partes actuantes en el proceso, o limitaciones en la defensa que causen indefensión.

Se trata de un derecho fundamental que, en ningún caso, cabrá transformar en un mero requisito formal, sino que debe garantizarse su plena efectividad. A este fin, no se admitirá a trámite ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado (arts. 31.1 y 399.2 LEC).

Sin embargo, y como excepción, no se precisa la asistencia técnica de abogado en los siguientes supuestos:

1º Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley. 2º Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio (por ejemplo, la petición de diligencias preliminares, medidas cautelares urgentes o “provisionalísimas” en los procesos matrimoniales –arts. 256, 730.2 y 771.1 LEC–) o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones (arts. 188 y 193 LEC).

En estos supuestos, la presencia y asistencia del abogado resulta potestativa. Pero nada impide que la parte designe abogado, o bien que solicite la designación de uno cuando tuviere derecho a la asistencia jurídica gratuita. En ese caso, cuando no resultando preceptivo, el demandante o demandado pretendieren ser defendidos por abogado, lo harán constar así en la demanda o dentro de los tres días desde que se le notifique la demanda, respectivamente. La razón de dar cuenta de la intención de hacerse defender por abogado radica en la necesidad de garantizar el equilibrio e igualdad de las partes en el proceso.

Cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio (art. 32.5 LEC).

Al igual que sucede con los derechos del procurador, el abogado podrá reclamar a la parte a la que defienda el pago de los honorarios que hubiere devengado en el asunto, presentando al Juez minuta detallada y manifestando formalmente que esos honorarios le son debidos y no han sido satisfechos (art. 35 LEC).

Presentada la reclamación, el Secretario Judicial requerirá al deudor para que pague la cantidad reclamada y las costas causadas o bien impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación. Dentro de ese plazo, el deudor podrá impugnar los honorarios por indebidos o excesivos. En el primer caso, el Secretario Judicial determinará la procedencia y cuantía de los honorarios debidos que se exigirán al deudor bajo apercibimiento de apremio. En el segundo caso, se procederá a la determinación de la cuantía mediante el procedimiento de exacción de costas previsto en los arts. 241 y ss. LEC que prevé trámite de alegación del abogado y, en su caso, informe del Colegio de abogados, salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante. Finalmente, el Secretario Judicial dictará Decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio, frente al que no cabe recurso alguno.

3. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA APLICABLE EN NAVARRA (DECRETO FORAL 80/2001, DE 9 DE ABRIL).

El derecho a la justicia gratuita se reconoce en el art. 119 CE que establece que: *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y,*

en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar". Como señala la jurisprudencia constitucional, es un derecho subjetivo público de carácter estrictamente procesal por su finalidad y rango constitucional, cuyo fundamento es el derecho de acción establecido en el art. 24.1 CE en relación con el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Norma Fundamental. Se trata de un derecho de carácter prestacional e instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, que se configura legalmente por el legislador determinándose su alcance y contenido según criterios de distinto orden, entre estos presupuestarios. Este derecho se reconoce en el art. 20.1º y 2º LOPJ y se desarrolla en la Ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y, en el caso de Navarra, el Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita aplicable en la Comunidad Foral⁹. En estas normas se establece el contenido y procedimiento para su reconocimiento y efectividad, que permite a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, según parámetros legales predeterminados, solicitar el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, así como otros derechos que configuran su contenido material (art. 6 Ley de Justicia gratuita).

9. En la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se establecen los preceptos que son competencia exclusiva del Estado y aquellos que serán de aplicación en defecto de la normativa específica aprobada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias estatutarias. En este sentido, *"a la Comunidad Foral de Navarra le corresponde, en relación con la Administración de Justicia, ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Fuero. La previsión se hizo efectiva mediante el Real Decreto 813/1999, de 14 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad foral de Navarra en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, que tuvo efectividad el 1 de octubre de 1999, el cual dispone que se transfiere la subvención de las actuaciones correspondiente a la defensa por Abogado y representación por Procurador de los Tribunales en turno de oficio ante los Órganos judiciales con sede en la Comunidad foral de Navarra y a la asistencia letrada al detenido o preso cuando el lugar de custodia esté situado en el territorio de la Comunidad Foral. Por ello, el Reglamento contiene el desarrollo normativo de la regulación contenida en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, adaptándolo a la realidad de las instituciones que intervienen en Navarra en el funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita"*.

Los requisitos para su concesión se regulan en el art. 3 Ley 1/96. Son los siguientes:

1) Carencia de medios económicos suficientes, cuyo tope legal se fija en el doble del salario mínimo profesional, con las exclusiones establecidas en el art. 4, en atención a lo que se denominan signos exteriores de riqueza; y un reconocimiento excepcional para quienes sobrepasando aquellos límites acrediten determinadas circunstancias familiares, estado de salud u obligaciones económicas, a tenor de lo dispuesto en el art. 5, siempre que sus ingresos no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional. En estos casos, tendrá el contenido que el órgano administrativo competente para su concesión (Comisión de Asistencia Jurídica gratuita) determine, entre los beneficios establecidos en el art. 6 de la Ley 1/96, de 10 de enero.

Para los supuestos de insuficiencia económica sobrevenida con posterioridad a la sustanciación de la causa, o en fase de recursos, el art. 8 establece que deberá acreditarse que aquellas circunstancias sobrevinieron con posterioridad.

2) Que quien lo solicite, sea persona física o jurídica, lo sea para litigar por derechos propios. Respecto a qué personas físicas quedan excluidas, especialmente los extranjeros que no sean de la Comunidad Europea ni aquellos otros de países que no tengan suscritos Tratados y Convenios, se debate su posible inconstitucionalidad derivada de una indebida aplicación del principio de igualdad. De todos modos, en el orden jurisdiccional penal –art. 1.2.º–, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español; y

3) La sostenibilidad de la pretensión, es decir, que no sea del todo infundada. El examen de este presupuesto tiene su cauce en los órdenes civil, laboral o contencioso –art. 32 de la Ley 1/96–. En cambio, en el proceso penal basta que se incoe un proceso en que el hecho perseguido se encuentre tipificado en el Código Penal, para que sea presupuesto suficiente para declarar a una persona imputada y se dirija el procedimiento contra él.

El contenido material del derecho comprende la defensa y representación gratuita, la asistencia de abogado, la inserción gratuita de

anuncios o edictos en el curso del proceso, la exención del pago de depósitos para recurrir, la asistencia pericial gratuita, la obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, y la reducción del 80% de los derechos arancelarios de Notarios y Registradores en los supuestos establecidos en sus párrafos 8, 9 y 10 del art. 6 de la Ley 1/96, de 10 de enero.

El procedimiento se inicia con la solicitud, que se presentará ante los Colegios Profesionales del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal –art. 9– con los documentos que reglamentariamente se determinan en el Anexo I del Reglamento aprobado por Decreto Foral 80/2001, de 9 de abril, para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si los hubiese. La legitimación para solicitar la asistencia jurídica gratuita es, en principio y como regla general, exclusiva del destinatario. Sin embargo, en los procesos penales se aplica una norma especial, recogida en el apartado segundo del art. 7 del Reglamento, que determina la posibilidad de que el Letrado designado de oficio asuma tal legitimación. De esta manera, cuidará de que el imputado tramite la solicitud de asistencia jurídica gratuita en un plazo máximo de 10 días; transcurrido este plazo, si el interesado no la hubiera tramitado, podrá hacerlo el Letrado, siempre que acredite por cualquier medio de prueba admitido en Derecho la inactividad mencionada, así como la notoria insuficiencia de medios económicos de su cliente¹⁰.

10. La norma transcrita difiere de lo establecido en el Reglamento estatal de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio. En este, su artículo 9, apartado 3, establece lo siguiente: “*En el orden penal y en el supuesto de que el juzgado o tribunal hubiera acordado cualquiera de las medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a la ley, de forma que no sea posible presentar la documentación exigida y en los plazos establecidos, el letrado designado remitirá directamente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita la solicitud debidamente firmada por el interesado, en la que constará, de modo expreso, la identidad del solicitante y del asunto o procedimiento de que se trate y a la que se unirá una diligencia acreditativa de la situación.*” Como se puede apreciar, la diferencia de contenido es

Dicho documento será presentado en los Servicios de Orientación Jurídica y en las sedes que se indican en el art. 10 del Reglamento. Tras la presentación, y constatada la insuficiencia de la documentación o algunas deficiencias, se procederá por los servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados a la concesión de un plazo de diez días para su subsanación –art. 14 de la Ley y art. 11 del Reglamento– advirtiéndole que de no hacerlo se le tendrá por desistido y se archivará sin más trámite la petición¹¹. Si de la solicitud y sus documentos se demuestra, “ab initio”, que se reúnen los requisitos reseñados, se podrá realizar una designación provisional de abogado en el plazo de quince días –art. 15 de la Ley y art. 12 del Reglamento–, comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores para que, caso de ser preceptivo, se designe Procurador en el plazo de tres días para que asuma la representación.

Realizada la designación, se procederá en el plazo de tres días al traslado del expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Navarra para la resolución definitiva de la solicitud. Esta Comisión se constituirá en la ciudad de Pamplona y tendrá competencia para todo el territorio de Navarra. Será presidida por un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal-Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Navarra, formando parte de ella como vocales: a) el Decano del Colegio de Abogados designado de común acuerdo por

sustancial, ya que en este caso se limita la legitimación del letrado a aquellos casos en los que el imputado no pueda llevar a cabo la solicitud por hallarse sometido a una medida privativa de libertad o restrictiva de derechos. Mientras que en el Reglamento vigente en la Comunidad Foral se permite tal posibilidad en todos aquellos casos en los que, simplemente, el interesado no hubiera tramitado la solicitud, al margen de consideración alguna sobre las causas que hubieran motivado tal inactividad.

11. Tal petición encuentra, asimismo, una especialidad en Navarra para el caso de los procedimientos penales y en los procedimientos administrativos de expulsión de extranjeros o de solicitud de asilo, en los que, cuando el Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados aprecie la imposibilidad de acreditar la documentación exigida en el Anexo I, se designará Abogado y Procurador (a través del Colegio de Procuradores), y se remitirá el expediente, junto con los datos que hubiese podido aportar la persona interesada y la acreditación de las gestiones realizadas por el Colegio y el Abogado designado, a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Navarra para que continúe con la tramitación.

los Decanos de los Colegios de Abogados existentes en la Comunidad Foral, o el Abogado en quien delegue; b) El Decano del Colegio de Procuradores de Pamplona, o el Procurador en quien delegue; c) un Asesor Jurídico del Servicio de Asesoría Jurídica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, designado por el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral; d) un funcionario del nivel A, Licenciado en Derecho, adscrito a la Dirección General de Justicia del Dpto. de Presidencia, Justicia e Interior, designado por el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral. Asimismo, cada órgano encargado de la designación de miembros de la Comisión nombrará un suplente con el fin de garantizar la continuidad de los trabajos y el adecuado funcionamiento de la misma, actuando en todo momento titulares y suplentes de forma indistinta (arts. 2 y 3 del Reglamento). Cada uno de los miembros de esta Comisión –salvo los que tengan la condición de funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral– tendrá derecho a una indemnización como contrapartida a su asistencia a las reuniones correspondientes, sin que en ningún caso puedan percibir más de veinticinco indemnizaciones al año (art. 7 del Reglamento)¹². La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita quedará adscrita orgánicamente y tendrá su sede en la Dirección General de Justicia del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, recibiendo en la misma el soporte administrativo y el apoyo técnico necesario para su funcionamiento

La Comisión podrá realizar las comprobaciones pertinentes y recabar los datos que estime necesarios, inclusive a la Administración Tributaria, tras lo cual dictará resolución en el plazo de treinta días, de conformidad con los arts. 17 de la Ley y 16 del Reglamento. Y si no la dictara, el silencio será positivo, procediendo a petición del interesado, del Juez o Tribunal, a declarar el derecho, según se desprende del art. 18 del Reglamento.

En caso de denegación, el interesado podrá impugnar la resolución ante un órgano jurisdiccional, sin que sea preceptiva la intervención de Letrado. Dicha impugnación deberá efectuarse en el plazo de cinco

12. El Reglamento establece un importe de 90 euros en concepto de indemnización.

días, desde la notificación de la resolución o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legitimados, ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, quien remitirá el escrito junto con el expediente y una copia certificada de la misma al Juez o Tribunal competente o al Juez Decano para su reparto.

Los Abogados y Procuradores designados desempeñarán sus funciones de forma real y efectiva –art. 31.1º– hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de la sentencia siempre que se produzca dentro de los dos años desde la designación.

Quienes hubiesen obtenido el derecho a la asistencia jurídica gratuita –art. 27 Ley 1/96– no podrán actuar simultáneamente con Abogado designado de oficio y Procurador libremente elegido o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y el Colegio correspondiente.

CAPÍTULO 13

PLURALIDAD DE PARTES: EL LITISCONSORCIO

1. EL LITISCONSORCIO: CLASES.

El litisconsorcio se produce cuando en un proceso existen varios demandantes (litisconsorcio activo), varios demandados (litisconsorcio pasivo) o varios demandantes y demandados (litisconsorcio mixto) (art. 12 LEC). El litisconsorcio siempre comporta que exista una acumulación de acciones.

La situación de litisconsorcio no modifica la estructura del proceso fundada en la confrontación de dos partes opuestas. De modo que los distintos sujetos (litisconsortes), que pueden hallarse en el proceso, ya sea inicialmente, o incorporados una vez iniciado el proceso mediante la intervención, se situarán en la posición de actor o de demandado.

El litisconsorcio activo no plantea especiales problemas, ya que la posición y existencia de uno o varios actores en el proceso se fundamenta, en definitiva, en la mera afirmación en el proceso de su acción frente al demandado. Será en la sentencia donde se resuelva si los litisconsortes (uno, todos o ninguno) tenían, o no, derecho a lo solicitado. El litisconsorcio activo siempre es voluntario, ya que la decisión de interponer una demanda nunca es coactiva, sino que depende de la voluntad de los actores.

El litisconsorcio pasivo, concretamente el necesario, presenta, sin embargo, mayor complejidad. Puede ser voluntario o necesario. En el primer caso, al igual que sucede en el litisconsorcio activo, la cir-

cunstancia de demandar a uno o varios depende de la voluntad del actor, sin que de esa elección resulte impedimento alguno en orden a la ejecución de la sentencia. No sucede así cuando exista una situación de litisconsorcio necesario, ya que en ese caso resultará necesario demandar a determinadas personas, que deben comparecer juntamente como demandados. En caso contrario, la demanda no prosperará, o bien la sentencia será inejecutable por la ausencia en el proceso de uno, o más, de los litisconsortes que no habrá sido oído ni podido defenderse.

1.1. El Litisconsorcio voluntario.

El litisconsorcio voluntario se produce por la sola voluntad del demandante o demandantes que demandan a uno o varios sujetos. De ordinario, el litisconsorcio se origina desde el momento mismo en que se presenta la demanda (varios frente a uno, o de uno frente a varios). Pero es posible que la demanda, inicialmente propuesta frente a una sola persona, pueda ser ampliada frente a otros, siempre que la ampliación se realice antes de que el demandado conteste a la demanda (art. 401 LEC). Su fundamento es la economía procesal que produce la sustanciación conjunta de peticiones de tutela jurídica que podrían dar origen a procesos separados.

El litisconsorcio voluntario es el resultado de la acumulación (subjetiva) de varias acciones en una misma demanda. En realidad, lo más relevante de la institución del litisconsorcio voluntario –aparte de los pocos requisitos a que está sometida– es su propia existencia; esto es, la posibilidad que expresamente concede la LEC al actor de que, concurriendo ciertos requisitos, pueda acumular en una demanda común las reclamaciones que dirijan frente a uno o varios demandados, de suerte que se ventilen todos en un solo proceso, y se decidan en una misma sentencia. De ahí que suela entenderse que el litisconsorcio voluntario sirve, fundamentalmente, a la economía procesal. Que el litisconsorcio voluntario depende de la voluntad del actor (o actores) lo deja bien claro la expresión inicial que utiliza el art. 72 LEC (“*podrán acumularse*”); lo que supone que, si el actor lo quisiera, podría interponer demandas distintas frente a cada litisconsorte, que darían lugar a varios procesos

diferentes. El litisconsorcio se produce por el simple hecho de que en la demanda aparecen varias personas y que la demanda se dirige frente a varios demandados; que estos sean o no la parte “legítima” es cuestión de fondo que se averiguará al final del proceso. Pero para que el proceso comience, basta con la simple afirmación de actor.

También puede sobrevenir un litisconsorcio, inicialmente inexistente, por muerte de una parte, y la subsiguiente entrada en el proceso de varios coherederos; o como consecuencia de la reconvencción; o de la acumulación de autos (v.g. porque en uno de los procesos acumulados ya existía litisconsorcio, o porque la acumulación de autos se basó en la conexión entre causas de pedir, etc.).

El único requisito para la acumulación subjetiva de acciones es que exista un nexo o conexión entre las acciones ejercitadas (art. 72 LEC), entendiéndose esta cuando las acciones a ejercitar se funden en los mismos hechos. Así lo establece el art. 12.1 LEC que dispone: “*Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir*”.

Además de la exigencia de conexión, la ley establece otros límites a la acumulación de acciones. En primer lugar, que las acciones no resulten incompatibles entre sí (art. 71.2 LEC). Además, no procederá en los siguientes casos: 1º Que el tribunal que deba entender de las acciones no tenga jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. 2º Que las acciones acumuladas no deban ventilarse en juicios de diferente tipo por razón de su materia. 3º Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir (art. 73 LEC).

La sustanciación del proceso que corresponda no se altera de modo esencial porque el actor decida acumular subjetivamente varias acciones. Sucede que las acciones, que podrían dar lugar a procesos separados, se sustancian conjuntamente –lo que supone una sola fase de alegaciones, un solo período de prueba, etc.– y una misma sentencia.

Sí se producen, en cambio, algunas pequeñas modificaciones (v.g.: pueden originarse cambios en la competencia territorial del Juez que debe conocer de las acciones acumuladas –art. 53 LEC–; la determinación de la cuantía –art. 252 LEC–; o la posibilidad de solicitar el interrogatorio del colitigante –art. 301 LEC–. En cualquier caso, cada uno de los litisconsortes es parte procesal en sentido propio, y de la actividad procesal de cada uno de ellos solo se derivan consecuencias favorables o perjudiciales para quien la realizó.

1.2. El Litisconsorcio necesario.

El litisconsorcio necesario se produce cuando el ordenamiento jurídico impone que la demanda sea presentada frente a varios sujetos. Así lo establece el art. 12.2 LEC, que dispone que: “*Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*”.

Aunque el litisconsorcio necesario es una institución procesal, tiene su origen en razones que atañen al Derecho material y en las circunstancias de ciertos derechos deducidos en juicio. En estos casos, deben ser parte obligatoria aquellas personas que hayan participado en la relación jurídica objeto del pleito. De este modo, se pretende evitar que cualquiera que sea la causa, aquellas personas que no han litigado queden alcanzadas por los efectos que puedan derivarse de la sentencia dictada en un pleito en que no han sido parte.

De aquí que el fundamento último que impone el litisconsorcio necesario sea la necesidad de preservar el principio de audiencia (o, si se prefiere, evitar la indefensión), cuidando de que no queden alcanzadas por los efectos de la sentencia aquellas personas que, por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso y alegar lo que convenga a su derecho. La exigencia efectiva del litisconsorcio comporta otras ventajas. Impide, por ejemplo, que puedan dictarse sentencias contradictorias si se demandara ante juzgados distintos a cada uno de los litisconsortes necesarios; también impide que

se extienda, indebidamente, el efecto preclusivo o prejudicial de la cosa juzgada a otras personas.

No cabe desconocer que la necesidad del litisconsorcio es compatible con la libertad de que goza el actor (cuya única sanción es la condena en costas) de dirigir la acción frente a quien le parezca oportuno. De ahí que, en definitiva, no sea función del litisconsorcio necesario la de evitar sentencias “inútiles”, entendiendo por tales, las que se dictan en un proceso en el que el demandado no es el “obligado” o aquellas que no podrían ejecutarse en la persona de quien no ha sido demandado.

Efectivamente, el actor es libre de traer al proceso a quien entienda que niega, desconoce, contraría sus derechos o incumple sus deberes, y si una vez dictada sentencia, no pudiera ser ejecutada por exigirse actuaciones dentro de la esfera patrimonial de personas no traídas al proceso y que no las consientan, la sentencia podría devenir inútil, pero es común sentir de la doctrina procesal que la inutilidad de una sentencia no es fundamento del litisconsorcio pasivo necesario ni se corrige exigiéndolo en el proceso. La falta de litisconsorcio se producirá cuando la sentencia que recaiga en el litigio afecte inexcusablemente a personas no llamadas al mismo, dando lugar a condena sin ser oídas.

En algunos supuestos, la ley expresamente establece la necesidad de dirigir la demanda frente a varios sujetos. En ese caso, el litisconsorcio se denomina “propio”. Ejemplo típico de litisconsorcio necesario legal es el previsto en el art. 1139 CC: si la prestación en que la obligación consiste es indivisible “*solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*”; o el que prevé el art. 384 CC respecto de los colindantes cuando se ejercita la acción de deslinde; o en el caso de los procesos de filiación respecto a los que el art. 766 LEC dispone las personas que, necesariamente, deben ser demandadas para una correcta integración de la litis.

En otros casos, es la jurisprudencia la que determina la necesidad de demandar a varios sujetos, en razón de que la sentencia les afectará necesariamente. La necesidad del litisconsorcio no viene impuesta aquí por una norma positiva, sino por exigencias de justicia y de coherencia con los principios del proceso. El litisconsorcio se denomina “impropio” en estos supuestos e impone al actor la carga de demandar: a todas aquellas personas que pudieran verse afectadas de modo

directo por la sentencia que se dicte, a quienes tengan interés legítimo y evidente en el resultado del pleito o tengan interés en impugnar las peticiones del actor y a todos los implicados en una relación jurídica que, por ser inescindible, solo permita una declaración unitaria. No fundarán un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario aquellos supuestos en los que la sentencia que se dicte pueda afectar a terceros de modo indirecto, reflejo o prejudicial. En estos casos, la posible intervención de terceros en el proceso no tendrá carácter necesario, sino voluntario mediante la intervención adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión.

A modo de ejemplo, estos son algunos de los supuestos más frecuentes de litisconsorcio pasivo necesario impropio contemplados por la jurisprudencia.

a) Existe litisconsorcio necesario en algunas acciones relativas al estado civil de las personas. V.g., cuando la nulidad del matrimonio sea solicitada por persona distinta de los cónyuges, la demanda debe dirigirse frente a ambos.

b) El actor debe demandar a todas las personas interesadas cuando el pleito verse sobre la nulidad o validez de disposiciones testamentarias; pues ningún heredero es representante de los demás, ni cuando la herencia está indivisa ni cuando se haya procedido a la partición.

c) Existe litisconsorcio necesario entre la compañía de leasing y el proveedor de la cosa arrendada, cuando se pide la resolución de la venta, aunque se trate de dos contratos diferentes, e incluso aunque se haya subrogado contractualmente el tomador del leasing en los derechos de la compañía de leasing.

d) Existe litisconsorcio necesario cuando el actor pretende la declaración de nulidad de un acto o contrato en el que han intervenido varias personas: la demanda deberá dirigirse frente a todos los interesados.

Por “interesados” debe entenderse aquí a todos los que intervinieron en el acto o contrato que se impugna –no, en cambio, el mandatario, el representante o quienes fueran administradores de la sociedad en el momento del contrato–, sus herederos, los que obtuvieron beneficios económicos a resultas del negocio (v.g. los que injustamente se enriquecieron o pudieron enriquecerse); los causantes de la nulidad; y aquellas

personas cuyo concurso sea necesario (v.g. porque deben otorgar escritura pública de compraventa).

En estos casos, junto a la siempre latente necesidad de preservar el principio de audiencia, el litisconsorcio necesario viene exigido por la inescindibilidad de los pronunciamientos que se dicten (si el negocio jurídico es nulo, lo será para todos y, si no se demandara a la totalidad de los interesados, cabría la posibilidad de que se produjeran sentencias contradictorias), y por el deseo de evitar sentencias que serían inejecutables frente a quienes no han sido litigantes.

e) También existe litisconsorcio pasivo necesario cuando la demanda debe dirigirse frente a varias personas cotitulares de un derecho (copropietarios, coherederos, consocios, etc.). Y no solo cuando se trata de reivindicar la cosa común o de dividirla, también cuando lo que se pretende es una modificación que puede afectar a todos, siempre que la sentencia que se dicte pueda afectar desfavorablemente a todos ellos.

No es un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario el de las obligaciones solidarias, cuya equívoca regulación legal había planteado sentencias contradictorias. Esta cuestión se ha resuelto en el art. 542 LEC que dispone que las sentencias que se dicten en los procesos en los que se juzgue este tipo de obligaciones no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubieren sido parte en el proceso.

2. TRATAMIENTO PROCESAL.

La falta de litisconsorcio pasivo necesario se apreciará a instancia de parte distinguiendo entre el juicio ordinario y el verbal.

En el juicio ordinario, el demandado debe denunciar la falta del debido litisconsorcio en la contestación a la demanda como excepción procesal (art. 405. 3 LEC). La resolución se producirá en la audiencia previa al juicio (art. 416. 3 LEC) en los términos previstos en el art. 420 LEC.

En la audiencia previa se intentará obtener la integración voluntaria de la litis, de forma que el actor podrá admitir la excepción y presentar en aquel acto, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes. En ese

caso, el tribunal declarará el litisconsorcio, si lo estima procedente, suspenderá la sustanciación de la audiencia previa y ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda. La demanda que se dirija frente a los litisconsortes omitidos podrá incluir las alegaciones imprescindibles referidas a los nuevos demandados, pero no podrá alterar, sustancialmente, la causa de pedir (art. 420.1 LEC).

Este supuesto se fundamenta en la asunción por parte del actor de haber omitido a algún litisconsorte en la demanda y no está en la posibilidad de ampliarla. Téngase presente que el actor puede ampliar la demanda hasta que se produzca la contestación, que es el momento preclusivo para la acumulación de nuevas acciones a las formuladas en la demanda (art. 401 LEC). Imposibilitado el actor de ampliar por su propia iniciativa la demanda, podrá, sin embargo, hacerlo a instancia del demandado que hubiere denunciado el vicio. El problema se planteará cuando el demandado no alegue este defecto, ya que en ese caso el actor conocedor de la ausencia de un litisconsorte se enfrenta a la amenaza de que la sentencia que pudiera dictarse no pueda ser ejecutada. En ese caso, le caben distintas posibilidades: a) desistir del proceso con la consecuencia de la imposición de costas y volver iniciarlo demandando a todos los litisconsortes; b) no desistir del proceso e iniciar otro demandando al litisconsorte omitido para solicitar a continuación la acumulación de procesos. Aunque en ese caso se denegará la acumulación si el actor no justifica que no pudo demandar a todos los litisconsortes en el primer procedimiento (art. 78 LEC). c) solicitar al Juez que aprecie de oficio la falta del debido litisconsorcio y acuerde la notificación y emplazamiento de los litisconsortes omitidos. Aunque esta última opción plantea el problema no resuelto referido a si el Juez puede apreciar de oficio la falta del debido litisconsorcio. Como se verá a continuación, no cabe esta actividad de oficio del Juez, sin perjuicio de que sí pueda notificar al tercero la pendencia del proceso conforme con el art. 150.2 LEC.

También cabe que el actor se oponga a la excepción procesal, en cuyo caso el tribunal oirá a las partes sobre la cuestión y resolverá sobre la procedencia de la excepción. La decisión del tribunal se emitirá en el acto, aunque, en razón de la dificultad o complejidad, podrá resolver la cuestión en auto dentro del plazo de cinco días siguientes a la audiencia.

Si el tribunal denegará la excepción, el proceso continuará en los términos establecidos por el actor. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, con la presentación de las correspondientes demandas, en un plazo que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo de veinte días establecido en el art. 404 LEC, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones (art. 420.3 LEC). Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones (art. 420.4 LEC).

En el juicio verbal, la falta de litisconsorcio necesario deberá ser alegada por el demandado en el acto de la vista (art. 443.2 LEC), aplicándose a partir de este momento lo prevenido en el art. 420 LEC.

Finalmente, cabe plantearse si es posible la apreciación de oficio por el Juez de la falta del debido litisconsorcio pasivo necesario. No existe en la LEC norma que así lo autorice expresamente, y a nuestro parecer, no cabe esta posibilidad, precisamente porque la ley no lo prevé expresamente, como sí sucede con relación a otras cuestiones procesales (por ej. jurisdicción y competencia o capacidad para ser parte). No obstante, en el supuesto de que el demandado no denuncie este vicio, le cabe al Juez de oficio, o a instancia de parte, acordar la notificación a los terceros a los que pudiera afectar la sentencia que se dicte (art. 150.2 LEC), con la consecuencia de que el tercero podrá solicitar, si así lo considera oportuno, su comparecencia en el proceso mediante la institución de la intervención adhesiva (art. 13 LEC).

CAPÍTULO 14

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO. SUCESIÓN Y CAMBIO DE PARTES

1. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO. CLASES.

1.1. Concepto de tercero.

El proceso se plantea entre las partes enfrentadas en el proceso, actor y demandado, sin que su desarrollo pueda perturbarse por la intromisión indiscriminada de otras personas, en principio ajenas al litigio y a las que, por tanto, no afectará lo resuelto en el juicio en el que no son parte, ya que la declaración judicial afectará únicamente a quienes fueron parte en el proceso. Así lo garantiza el art. 222.3 LEC, que establece que la cosa juzgada, únicamente, afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes. Es decir, el derecho protege al no litigante, en tanto que en virtud del principio “res iudicata inter partes” no le afectará lo que se decida en un proceso en el que no ha sido parte (“res inter alios acta”).

Este principio, sin embargo, tiene algunas excepciones en las que se produce una extensión de la cosa juzgada que se extiende “ex lege” a terceros que no han litigado. Además, la existencia misma de una sentencia con un determinado contenido es siempre un nuevo hecho jurídico producido, que puede tener consecuencias en la esfera patrimonial de personas que no han litigado. Por ejemplo, el arrendatario

o usufructuario tiene interés respecto a un juicio en el que se discute sobre la propiedad del bien. En estos casos, es posible que de la actividad procesal de las partes litigantes, se sigan (de modo directo o reflejo) determinadas consecuencias jurídicas, capaces de lesionar los derechos o intereses de otras personas que, por no haber sido parte, no han tenido la oportunidad de ser oídas en el proceso.

La generalidad de la doctrina entiende que tercero es quien no es parte. Mas, si se examina con atención, esta determinación puramente negativa explica muy poco y es, además, inexacta. Nada explica porque se limita a desplazar el problema hacia el concepto de parte, y no es exacta porque, en ocasiones, sujetos que no son parte tampoco tienen la calidad de terceros. Si bien quien es tercero no es parte, no todos los que no son parte son terceros —al menos a ciertos efectos—, con lo que la definición transcrita pierde gran parte de su valor. Esto es así, porque debemos distinguir entre terceros en sentido amplio o genérico y terceros en sentido técnico procesal. Los primeros son todos aquéllos que no son parte y a quienes no alcanzan ni podrían en ningún caso alcanzar los efectos directos o indirectos del litigio: no tienen ningún derecho o interés en relación al litigio o proceso, y el Derecho no precisa protegerlos porque, sin interés, la protección jurisdiccional no es posible ni necesaria. A estas personas conviene mejor la denominación de “ajenos” o “extraños” al litigio. Por el contrario, terceros en sentido técnico son aquellos que, sin ser parte, se encuentran respecto del proceso o de los derechos que en el proceso se ventilan en una determinada relación, y a los que el Ordenamiento jurídico estima dignos de protección, precisamente, por no ser ajenos a lo que en el proceso se deduce o trata. Lo que caracteriza a la posición procesal de tercero y le dota de utilidad, más que su condición de no parte, es la determinada relación en que se encuentra el tercero con los derechos que en el proceso se ventilan y que se traduce en una “no indiferencia” ante la actividad judicial en el más amplio de los sentidos. Es por ello, que el Ordenamiento jurídico debe tener en cuenta su derecho, o previsto su interés y, por considerarlo legítimo, protegerlo cuando así lo solicite la parte, o tercero, que puede resultar perjudicado.

Para atender a estas circunstancias, la ley prevé que los terceros, ajenos al proceso, puedan comparecer en el proceso pendiente, y alegar lo que convenga a su derecho en orden a evitar que se produzcan consecuencias desfavorables para ellos. Nótese que el contenido real de la pro-

tección que se otorga a los terceros se contrae, exclusivamente, a darles la oportunidad de intervenir. Que efectivamente lo hagan, depende de su libre voluntad: la intervención procesal no es nunca una obligación, sino una carga. En un sistema procesal regido por el principio dispositivo o de rogación —como lo es el nuestro—, no es concebible la protección coactiva de los intereses de los terceros.

El instituto de la intervención se apoya en consideraciones de estricta justicia. Otras finalidades que suelen alegarse como fundamento de la intervención (v.g. evitar sentencias contradictorias o servir a la economía procesal) no tienen relevancia suficiente como para justificar la perturbación que la intervención supone. Pero no conviene olvidar que toda la regulación positiva de la intervención de terceros en un proceso ya comenzado exige un delicado equilibrio entre la protección del interés del tercero interviniente y el interés de quienes ya son partes litigantes. Una excesiva preocupación por la eventual lesión de intereses de terceros puede hacer perder de vista que el verdadero objeto del proceso es la acción que el demandante afirma en su demanda, y que a la constatación de su efectiva existencia —frente a quien es demandado—, deben dirigirse con prioridad las normas que disciplinan el proceso y la atención de los juzgados. La mera entrada de una persona hasta entonces ajena al litigio es, en sí misma, un mal, una perturbación que debe ser cuidadosamente evitada. La más elemental protección del interés de las partes litigantes postula que su actividad no se vea interrumpida con la intromisión de personas que dificulten la marcha del proceso.

Un supuesto especial de intervención es el que se contiene en el art. 15.bis LEC respecto a los procesos en defensa la competencia en materias reguladas por los arts. artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007. Esta intervención tiene por finalidad, al decir de la Exposición de motivos de la Ley de defensa de la competencia, permitir expresa y legalmente: “... *la participación de los órganos nacionales y comunitarios de competencia como ‘amicus curiae’ en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia por parte de la jurisdicción competente así como diversos mecanismos de información para permitir la adecuada cooperación de los órganos administrativos con los judiciales*”.

En su virtud, la LEC prevé que en los procesos de defensa de la competencia puedan intervenir: La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Cada uno en el ámbito de sus competencias (art. 15.bis LEC y 16 Ley de Defensa de la Competencia). Esta intervención se producirá: “...sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial...”. La intervención prevista en la Ley podrá consistir en las siguientes actividades con incidencia procesal: – aportación de información; – presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas citadas referentes a la defensa de la competencia; – presentar, con la venia del órgano judicial, podrán observaciones verbales. A estos fines los órganos citados podrán solicitar al órgano jurisdiccional que estuviere conociendo del asunto que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate. La administración podrá presentar la información u observaciones hasta diez días antes de la celebración del acto del juicio o dentro del plazo de oposición o impugnación si el procedimiento se hallare en fase de recurso.

Para que la administración pueda hacer efectiva esta intervención el art. 404.3 LEC prevé que el Secretario judicial dará traslado a la Comisión Nacional de la Competencia de la resolución admitiendo las demandas que se admitan en los procesos señalados, de defensa de la competencia. También se notificarán, a la Comisión Nacional de Defensa de la competencia, las sentencias que se dicten en esta clase de procesos (art. 212 LEC; y dará traslado del escrito de interposición del recurso de apelación (art. 461.5 LEC).

Finalmente, también conviene destacar la posibilidad, prevista en los arts. 434.3 y 465.5 LEC de que el órgano jurisdiccional pueda acordar la suspensión del plazo para dictar sentencia en primera o segunda instancia, en esta clase de procedimientos de defensa de la Competencia, cuando el tribunal: “*tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su*

resolución al tribunal". Contra el auto en el que se acuerda la suspensión del proceso sólo cabe recurso de reposición.

1.2. Clases.

Frente a la anterior laguna normativa, ya que la LEC de 1881 no regulaba la intervención de terceros en el proceso, los arts. 13 y 14 LEC regulan esta materia distinguiendo entre intervención voluntaria e intervención provocada. La intervención es voluntaria cuando el tercero solicita de modo espontáneo que se le admita en el proceso pendiente; es provocada (mal llamada forzosa) cuando la intervención del tercero se produce a instancia de alguna de las partes litigantes.

No existen en nuestro derecho otras clases de intervención, como pudiera ser: la intervención principal, que se caracteriza porque el tercero solicita una tutela incompatible con la pedida por las partes¹; o la intervención adhesiva simple en la que el tercero coadyuva con la postura del actor o del demandado. No es posible en nuestro Derecho la llamada directa del Juez ("iussu iudicis") a un tercero para que intervenga en

1. Un ejemplo sencillo sería el siguiente: en el pleito en que A (actor) exige de D (demandado) la entrega de la finca F, comparece el interviniente I afirmando que la finca F es de su propiedad y que, por consiguiente, no pertenece ni al actor ni al demandado. Como decimos, esta clase de intervención no está admitida en nuestro derecho. No son supuestos de intervención principal los que se originan como consecuencia de la interposición de una tercería (sea de dominio o de mejor derecho) (véase Capítulo 34). Pueden aducirse, a este respecto, varias razones. Entre estas, las siguientes: 1) Las tercerías han sido reguladas pensando exclusivamente en el proceso de ejecución, y teniendo en cuenta sus peculiaridades. De este modo, la interposición de una tercería supone el ejercicio de un derecho (procesal) de contenido muy concreto (en la de dominio, el derecho a que se alce la traba porque el bien embargado pertenece al tercerista; en la de mejor derecho, que se satisfaga al tercerista con preferencia al acreedor ejecutante). 2) Las tercerías nacen con vida limitada, ya que, o se ejercitan mientras dura el proceso de ejecución, o se pierden como tales derechos (lo que no sucedería con el derecho que el tercero pudo deducir a través de la intervención principal y no dedujo). 3) En las tercerías no se deduce una acción incompatible con el derecho que el actor del proceso principal ejercita frente al demandado, ya que el tercerista no discute el derecho del acreedor ejecutante a incoar la ejecución (es más, lo reconoce y se apoya en él), lo único que pide es ser reintegrado en su derecho o su preferencia, lo cual dista mucho de la incompatibilidad.

el proceso. Incluso en los supuestos de litisconsorcio necesario, le está prohibido al Juez emplazar a personas no demandadas; solo puede (mejor: debe) según reiterada jurisprudencia, abstenerse de dictar sentencia sobre el fondo cuando entienda que no están presentes todos los litisconsortes necesarios. Cuestión distinta es la subsanación del litisconsorcio, a instancia de parte, en la audiencia previa. Aunque, el art. 150.2 LEC prevé una suerte de intervención “provocada” por el Juez (“iussus iudicis”), cuando establece que: “*Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare...*”.

Finalmente, la Ley prevé un supuesto especial de intervención en el supuesto de procesos para la protección de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1.2.1. *Intervención voluntaria.*

Es la que se produce por la voluntad o iniciativa del tercero, siempre que se den los siguientes presupuestos: 1º) Que el proceso se encuentre pendiente, pudiendo solicitarse la intervención en cualquier momento de su sustanciación; 2º) Que el tercero acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

Para que la intervención sea admisible, el tercero debe tener “interés” en el resultado del pleito que se sigue entre las partes principales. Pero no basta cualquier interés. Desde luego, no es suficiente un interés de mero hecho (cualquier tercero acreedor del demandado puede tener interés en que no pierda un litigio a consecuencia del cual disminuya su patrimonio, ya que este es la garantía del cobro de su crédito); tampoco es bastante el llamado interés moral, que se produciría, en sentido muy amplio, cuando en el proceso seguido entre ciertas personas pudiera quedar afectada la buena reputación de otros (especialmente en temas de derecho familiar, nulidad, divorcio, etc.). El interés que alegue el tercero ha de ser un interés jurídico, directo y legítimo; o como dice el TS: que el tercero “... se encuentre relacionado con el objeto del proceso de tal manera que la sentencia que en él recaiga, haya de afectarle” (STS 2 de junio de 1965). También estará el tercero está legitimado para intervenir cuando la sentencia que se dicte entre las partes litigantes pueda afectarle

de modo reflejo, de manera que la sentencia, como hecho jurídico, pueda integrar (sola o junto con otros hechos) un supuesto de hecho del que se deriven consecuencias perjudiciales para el tercero.

Los casos en que este interés jurídico y legítimo pueden existir son muy variados. Aparte del supuesto clásico del interés del subarrendatario en intervenir en el proceso entre arrendador y arrendatario, la jurisprudencia del TS ha entendido como legítimo el interés del notario y de una Junta de Beneficiencia favorecida por un testamento en sostener la validez del testamento impugnado, el interés de la persona que se ha subrogado en los derechos del actor (v.g. el del asegurador en el proceso que se sigue frente al asegurado, etc.). El del vendedor en el proceso de retracto, que no tiene por que ser forzosamente demandado, pero que puede intervenir en el proceso, etc.

El procedimiento para acordar la intervención –art. 13 LEC– se inicia por solicitud por escrito del interviniente, que no tiene efectos suspensivos. El tribunal resolverá por auto, previa audiencia de las partes por un plazo común de 10 días. Frente al auto que deniega la intervención, cabe recurso de apelación. Si la admite, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición.

Si se admite la intervención, el interviniente será considerado como parte en el proceso a todos los efectos, pudiendo en consecuencia, formular pretensiones o defender las que su litisconsorte formule, puede continuar el proceso aunque la parte originaria desista, se allane o se aparte del procedimiento, puede interponer toda clase de recursos (...). La admisión de la intervención no retrotrae las actuaciones, por lo que el interviniente ha de aceptar el proceso en el estado en que se encuentre. No obstante, se permite que el interviniente haga las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere podido efectuar por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, dándose traslado de estas alegaciones a las demás partes por un plazo de 5 días.

1.2.2. *Intervención provocada.*

Tiene lugar cuando una de las partes solicita que un tercero sea llamado a intervenir en el proceso. En su virtud, una persona, hasta entonces ajena al litigio, entra a formar parte de él como consecuen-

cia de la “llamada” que le dirige alguna de las partes procesales. La llamada al tercero (que es, en definitiva, la simple comunicación de la existencia del proceso) se denomina “litis denunciatio”. La intervención provocada no es nunca una intervención “forzosa”. El “provocado” no tiene la obligación o deber de comparecer, sino la carga de hacerlo, en la medida en que de su incomparecencia podrían parársele perjuicios. La llamada al tercero, que puede hacerla tanto el actor como el demandado, suele realizarse, bien para que el tercero auxilie a quien es parte demandada, bien simplemente para crear el supuesto de hecho del que dependen otros derechos (de garantía, saneamiento, etc.).

Sin ánimo de exhaustividad, he aquí los casos más importantes de intervención provocada en nuestro Derecho: la llamada en garantía hecha por el comprador al vendedor en el caso de que un tercero demande la titularidad de la cosa vendida –saneamiento por evicción– (arts. 1475, 1481, 1482 y ss. CC)²; la “Laudatio auctoris”, que es la llamada que el usufructuario o el arrendatario pueden realizar al propietario de la cosa³; y la intervención de los coherederos no demandados (art. 1084 II CC)⁴.

2. La notificación de la pendencia del proceso tiene, en este caso, una doble finalidad: de un lado, la llamada al vendedor se realiza a fin de que el vendedor coadyuve con el comprador para evitar, entre ambos, la evicción que se produciría “... *si se priva al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada*” (art. 1475 CC). Se trata, pues, de una verdadera *litis denunciatio* que faculta al tercero vendedor para intervenir en el proceso pendiente entre demandante y comprador y al que, en principio, es ajeno. De otro lado, la llamada al vendedor sirve para completar el supuesto de hecho del que depende el derecho del comprador al saneamiento (art. 1481 CC).

3. En estos casos, se trata en realidad, de una obligación genérica del llamado poseedor inmediato (arrendatario, usufructuario, etc.) de poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero que sea capaz de lesionar el derecho de propiedad (véanse arts. 511 y 1559 CC); ya que, si no lo hiciese, será responsable de los daños y perjuicios que pudieran producirse para el propietario. No se contempla expresamente la posibilidad de que la perturbación se origine por medio de un proceso, pero resulta del todo lógico entenderla incluida. Tanto la llamada al tercero como la comparecencia de este en el proceso son potestativas, pero es indudable que si el propietario atiende a la llamada del usufructuario o del arrendatario, debe admitírsele en el proceso en calidad de litisconsorte del demandado.

4. Puesto que el CC faculta al acreedor para exigir el pago de la totalidad de la deuda de cualquiera de los herederos (a no ser que la hubiera aceptado a beneficio

En cuanto al procedimiento, la ley distingue entre la llamada del actor y del demandado.

- La solicitud de intervención realizada por el demandante se producirá en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, este dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes (art. 14.1 LEC).
- La solicitud formulada por el demandado, para que sea notificada al tercero la pendencia del juicio, se regirá por las siguientes reglas: 1ª La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, al menos cinco días antes de la lista. 2ª El tribunal suspenderá el procedimiento y oirá al demandante y resolverá mediante auto lo que proceda. Si acuerda admitir la intervención, emplazará al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Si se tratase de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista citando a las partes y al tercero al proceso.

Comparecido el tercero, el demandado puede solicitar que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquel. En ese caso, se dará traslado a las demás partes por un plazo de 5 días de la solicitud y el Tribunal resolverá por medio de Auto lo que estime procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión (arts. 14.2.4º y 18 LEC). Finalmente, si el tercero resultase absuelto, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del art. 394 LEC (art. 14.5 LEC).

de inventario), el mismo Código faculta al heredero demandado para hacer citar y emplazar a los demás coherederos, a no ser que, por disposición expresa del testador o como consecuencia de la partición, hubiera él solo quedado obligado al pago de la deuda.

1.2.3. *Especialidades de publicidad e intervención en los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios (art. 15 LEC).*

La LEC establece normas especiales de llamamiento e intervención de terceros consumidores, que tengan la condición de perjudicados por un determinado producto, en los procesos sobre los derechos de los consumidores. En estos supuestos, admitida la demanda, se deberá llamar al proceso a los consumidores o usuarios que tengan la condición de perjudicados, para que si quieren, puedan hacer valer su derecho e interés individual. Este llamamiento se hace publicando la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión.

En este punto, la ley distingue dos supuestos: 1º Cuando los consumidores y usuarios sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el proceso por un plazo de que no excederá de 2 meses, reanudándose con la intervención de aquellos que hayan acudido al llamamiento. Reanudado el proceso, continuará con todos los consumidores que hubieren acudido al llamamiento, sin que se admita la intervención individual posterior de consumidores o usuarios, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC. 2º Si se trata de consumidores y usuarios determinados o fácilmente determinables, se les deberá haber comunicado la demanda antes de su presentación; y personados en las actuaciones, podrán intervenir en cualquier momento del proceso, pero solo podrán realizar aquellos actos que no hayan precluido (art. 15.2 LEC).

2. SUCESIÓN Y CAMBIO DE PARTES.

En la generalidad de los casos, el proceso acaba –y, en consecuencia, la sentencia se dicta– respecto de las mismas personas entre quienes ha comenzado. Pero puede suceder que, mientras dure el proceso, uno de los sujetos procesales –ya sea el actor o el demandado– lo abandone, y otra persona distinta pase a ocupar su lugar; no como litisconsorte o como coadyuvante sino “en vez de” la parte que desaparece. Se ori-

gina, entonces, una sucesión procesal o “cambio de partes”; uno de los litigantes deja de serlo y otra persona “física o jurídica” viene a ocupar su lugar. Para que el cambio de partes pueda producirse, es necesario que el proceso haya comenzado ya, y que aún no haya terminado por sentencia firme.

El cambio de partes constituye una sucesión procesal y, aunque el fundamento sea común, conviene distinguirla claramente de la sucesión en la relación jurídica material. La sucesión en la relación jurídica material se produce cuando, con anterioridad a la presentación de la demanda, el derecho que originariamente pertenecía a una persona ha sido transmitido a otra. Desde luego, la sucesión material tiene también importantes repercusiones procesales, pero el proceso comienza ya con la persona del sucesor, con lo que nada tiene que ver con el cambio de partes: el causante no ha sido nunca parte en el proceso.

En el supuesto de la sucesión procesal, una persona sucede en su posición procesal al demandante o al demandado por haberse convertido en el titular de los derechos u obligaciones derivados de la relación jurídica litigiosa (ya sea por sucesión “mortis causa” o “inter vivos”), o bien en los supuestos de intervención provocada cuando el interviniente ocupa la posición procesal del demandado, y este abandona el proceso.

Los supuestos más comunes de cambio de partes tienen su causa, en la muerte de alguna de las partes, o bien en la transmisión de la cosa litigiosa. La intervención provocada, que se estudió en el apartado anterior, también puede ser causa de un cambio de partes.

2.1. Sucesión “mortis causa”.

La muerte es la causa más típica –y frecuente– de cambio de partes como consecuencia de un hecho que ocurre con independencia de la voluntad de los litigantes, aunque la subrogación del sucesor en el lugar de la parte no opere de modo automático. A este respecto, el art. 16 LEC dispone que en caso de muerte de uno de los litigantes, el sucesor podrá seguir ocupando la misma posición que ocupaba su causante (art. 16), distinguiendo, a estos efectos, entre las siguientes posibilidades:

- Que la defunción se comunique por el sucesor al tribunal solicitando la sustitución procesal con aportación de la defunción y el título sucesorio. El Secretario Judicial dará traslado a las partes personadas, que aunque la ley no lo prevea expresamente, podrán formular alegaciones, y acordará, en su caso, tener por personado al sucesor en nombre del difunto.
- Que la defunción conste al Tribunal, pero el sucesor no se persone. En este caso, las partes personadas podrán identificar al sucesor y solicitar que se le emplaze para que comparezca en el proceso. Entre tanto, el proceso quedará suspendido.

La consecuencia de la incomparecencia será distinta y, según la falta de personación, afectará al actor o al demandado. Si el litigante fallecido es el demandado, y sus sucesores no fueren conocidos, localizados, o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante y se le declarará en rebeldía. Este efecto resulta absolutamente lógico, ya que no puede perjudicar al actor la falta de personación del sucesor del demandado fallecido que, obviamente, sucede al finado en sus derechos y obligaciones.

Tanto si es único el sujeto que ocupa el lugar de parte como si se trata de litisconsortes, producida la muerte, los herederos del causante –salvo aceptación a beneficio de inventario– se subrogan en todos los derechos y obligaciones, incluidos los de carácter procesal (art. 661 CC), y resulta presumible que tendrán interés en continuar con el proceso en la medida en que quedarán afectados por sus resultados.

Si el fallecido es el demandante se le tiene por desistido del proceso, cuando no fuere conocido o localizado. Sin perjuicio de que el demandado se oponga a este efecto, en cuyo caso se emplazará a los sucesores del demandante a comparecer, con la consecuencia de que si no lo hicieren se entenderá que renuncia a la acción ejercitada (arts. 16.3 y 20.3 LEC).

2.2. Sucesión por transmisión “inter vivos” del objeto litigioso.

El objeto litigioso puede ser alienado, con la consecuencia de que el adquirente ocupará en el pleito la posición que ocupaba el transmitente (art. 17 LEC).

Que un bien sea “litigioso” —es decir, que con ocasión de su titularidad exista un litigio— no lo convierte en inalienable; de hecho, puede ser transmitido a otra persona por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (compraventa, cesión, etc.). Ahora bien: por el mero hecho de que exista un litigio, se producen ciertas trabas a la facultad de disposición (fundamentalmente, es necesario que se comunique al actor el deseo de enajenar, y que la enajenación sea aprobada por la contraparte o por el Juez —arts. 1291.4º y 1535 CC—, ya que, en caso contrario, tal enajenación sería rescindible).

En este supuesto, se producirá una sucesión procesal por causa de transmisión del objeto del juicio, que puede producir un cambio de partes en el proceso.

A este fin, el adquirente deberá formular solicitud para que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. Presentada la solicitud, el Secretario Judicial ordenará la suspensión de la actuaciones y dará audiencia a la parte contraria por un plazo de 10 días. Si la parte contraria no se opone: se dicta Decreto del Secretario Judicial alzando la suspensión, y disponiendo que el adquirente ocupe la posición del transmitente. Ahora bien, si la parte contraria se opone, el Tribunal resolverá por medio de Auto lo que estime procedente. La oposición puede fundarse en la circunstancia de que le competen a la parte derechos o defensas que solamente puede hacer valer contra el transmitente, o un derecho a reconvenir o que pende una reconvencción, también si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa. En estos casos, el Juez podrá denegar el cambio de partes con la consecuencia de que sea el transmitente, como parte original, el que continúe el juicio. Ello sin perjuicio, obviamente, de las relaciones internas entre los contratantes y de la posibilidad, en este caso, de que el adquirente pueda solicitar la intervención en el proceso como interviniente adhesivo con un evidente interés en el resultado del proceso.

2.3. Sucesión en los casos de intervención provocada (art. 18 LEC).

En aquellos casos en que la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, cuando una vez compare-

cido este el demandado considere que es el tercero el que debe ocupar su lugar en el proceso, el Tribunal resolverá lo que proceda en orden a la conveniencia o no de la sucesión, previo traslado a las demás partes. Véase, sobre este particular, lo dicho “supra” en relación con la intervención provocada.

